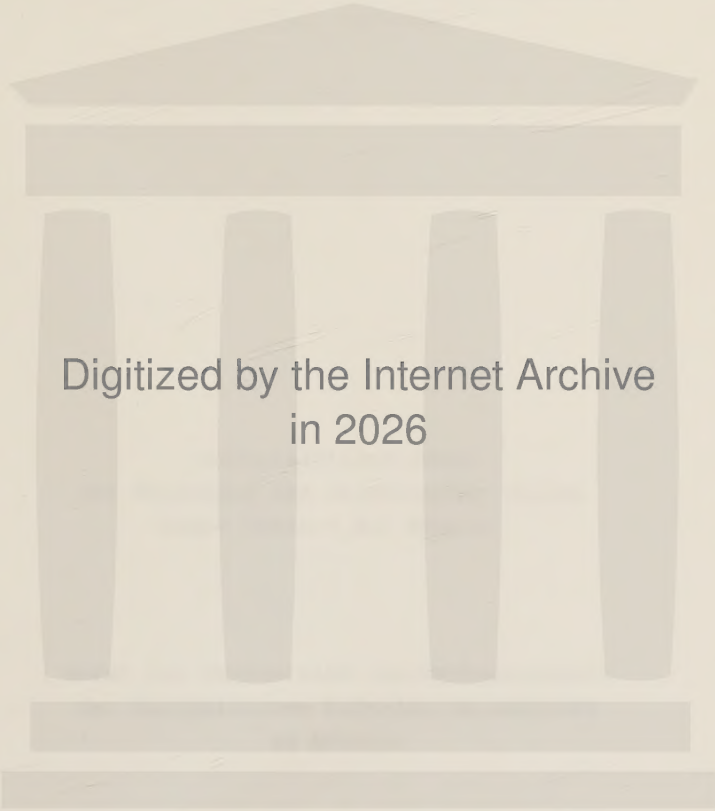


Günter Hopfgarten

**DIE MATERIELLE RECHTSKRAFT
IM ZIVILPROZESS —
EINE FRAGE DER VERWIRKUNG?**

1978

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die materielle Rechtskraft im Zivilprozeß -
eine Frage der Verwirkung ?

Untersuchungen zur neuen Rechtskraftlehre
Wolfram Henckels

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms Universität
zu Münster

vorgelegt von
Günter Hopfgarten
aus Wuppertal



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Reinicke
Dekan: Prof. Dr. Welp
Tag der mündlichen Prüfung: 27.9.1978

MEINEM VATER

I. Die Kindheit	1
II. Die Jugend	2
III. Die erste Liebe	3
IV. Die erste Reise	4
V. Die erste Arbeit	5
VI. Die erste Krankheit	6
VII. Die erste Liebe	7
VIII. Die erste Reise	8
IX. Die erste Arbeit	9
X. Die erste Krankheit	10
XI. Die erste Liebe	11
XII. Die erste Reise	12
XIII. Die erste Arbeit	13
XIV. Die erste Krankheit	14
XV. Die erste Liebe	15
XVI. Die erste Reise	16
XVII. Die erste Arbeit	17
XVIII. Die erste Krankheit	18
XIX. Die erste Liebe	19
XX. Die erste Reise	20
XXI. Die erste Arbeit	21
XXII. Die erste Krankheit	22
XXIII. Die erste Liebe	23
XXIV. Die erste Reise	24
XXV. Die erste Arbeit	25
XXVI. Die erste Krankheit	26
XXVII. Die erste Liebe	27
XXVIII. Die erste Reise	28
XXIX. Die erste Arbeit	29
XXX. Die erste Krankheit	30
XXXI. Die erste Liebe	31
XXXII. Die erste Reise	32
XXXIII. Die erste Arbeit	33
XXXIV. Die erste Krankheit	34
XXXV. Die erste Liebe	35
XXXVI. Die erste Reise	36
XXXVII. Die erste Arbeit	37
XXXVIII. Die erste Krankheit	38
XXXIX. Die erste Liebe	39
XL. Die erste Reise	40
XLI. Die erste Arbeit	41
XLII. Die erste Krankheit	42
XLIII. Die erste Liebe	43
XLIV. Die erste Reise	44
XLV. Die erste Arbeit	45
XLVI. Die erste Krankheit	46
XLVII. Die erste Liebe	47
XLVIII. Die erste Reise	48
XLIX. Die erste Arbeit	49
L. Die erste Krankheit	50
LI. Die erste Liebe	51
LII. Die erste Reise	52
LIII. Die erste Arbeit	53
LIV. Die erste Krankheit	54
LIV. Die erste Liebe	55
LVI. Die erste Reise	56
LVII. Die erste Arbeit	57
LVIII. Die erste Krankheit	58
LIX. Die erste Liebe	59
LX. Die erste Reise	60
LXI. Die erste Arbeit	61
LXII. Die erste Krankheit	62
LXIII. Die erste Liebe	63
LXIV. Die erste Reise	64
LXV. Die erste Arbeit	65
LXVI. Die erste Krankheit	66
LXVII. Die erste Liebe	67
LXVIII. Die erste Reise	68
LXIX. Die erste Arbeit	69
LXX. Die erste Krankheit	70
LXXI. Die erste Liebe	71
LXXII. Die erste Reise	72
LXXIII. Die erste Arbeit	73
LXXIV. Die erste Krankheit	74
LXXV. Die erste Liebe	75
LXXVI. Die erste Reise	76
LXXVII. Die erste Arbeit	77
LXXVIII. Die erste Krankheit	78
LXXIX. Die erste Liebe	79
LXXX. Die erste Reise	80
LXXXI. Die erste Arbeit	81
LXXXII. Die erste Krankheit	82
LXXXIII. Die erste Liebe	83
LXXXIV. Die erste Reise	84
LXXXV. Die erste Arbeit	85
LXXXVI. Die erste Krankheit	86
LXXXVII. Die erste Liebe	87
LXXXVIII. Die erste Reise	88
LXXXIX. Die erste Arbeit	89
LXXXX. Die erste Krankheit	90
LXXXXI. Die erste Liebe	91
LXXXXII. Die erste Reise	92
LXXXXIII. Die erste Arbeit	93
LXXXXIV. Die erste Krankheit	94
LXXXXV. Die erste Liebe	95
LXXXXVI. Die erste Reise	96
LXXXXVII. Die erste Arbeit	97
LXXXXVIII. Die erste Krankheit	98
LXXXXIX. Die erste Liebe	99
LXXXXX. Die erste Reise	100

G L I E D E R U N G

	<u>Seite</u>
I. Einführung	1
II. Die Rechtskraftlehre Wolfram Henckels	4
1.) Grundlagen	4
2.) Die Begründung der materiellen Rechtskraft	9
III. Vergleich mit den überkommenen Ansichten	11
1.) Skizzierung der herrschenden Meinung	11
2.) Die Lehre Hans Friedhelm Gauls	15
3.) Vergleich mit der Lehre Wolfram Henckels	16
IV. Praktische Auswirkungen der Lehre Henckels im Bereich der materiellen Rechtskraft	17
1.) Durchbrechung der materiellen Rechts- kraft mit Hilfe des § 826 BGB	18
2.) Zeitliche Grenzen der materiellen Rechtskraft	22
a) Darstellung der herrschenden Ansicht	22
b) Modifizierungen Henckels	24
aa) Die Rechtslage nach Klage- abweisung	24
bb) Die Rechtslage bei Verurteilung	28
c) Kritik	28

	<u>Seite</u>
3.) Der wirtschaftliche Wert des Streitverhältnisses als Grenze materieller Rechtskraft	34
a) Der objektive Umfang der Rechtskraft	34
b) Stellungnahme	38
V. Der Gedanke der Verwirkung im System der Zivilprozeßordnung	43
1.) Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Verwirkung der Rechtsausübung	43
a) Die materielle Abhängigkeit als Grundlage einer Rechtskrafterstreckung	45
aa) Der abhängige Rechtserwerb	46
bb) Die Verfügungsbefugnis	54
cc) Die Verfügungsmacht kraft Rechtsscheins	60
b) Rechtskrafterstreckung ohne materielle Abhängigkeit	62
aa) Die Ermächtigung zur Prozeßführung	62
bb) § 856 IV ZPO	65
c) Ergebnis	66
2.) Wiederaufnahme und Verwirkung	67
a) Die Gründe der Nichtigkeitsklage gem. § 579 ZPO	68
b) Die Restitutionsgründe des § 580 ZPO	69

	<u>Seite</u>
aa) § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO	75
bb) § 581 ZPO	78
cc) § 580 Ziff. 6 und 7 ZPO	80
dd) Fortbildung des Wiederaufnahme- rechtes de lege ferenda	86
(1) Die Forderung nach gesetz- licher Erweiterung der Restitutionsgründe	87
(2) Die Ansicht Hans Friedhelm Gauls	90
(3) Stellungnahme	93
(4) Ergebnis	98
VI. Verwirkung und materielle Rechtskraft	98
1.) Die Verwirkung	98
a) Grundlagen der Verwirkungslehre	98
b) Historische Entwicklung	101
c) Voraussetzungen einer Verwirkung der Rechtsausübung	104
2.) Die Bindung an das Urteil auf Grund Verwirkung der Rechtsausübung	105
a) Die Verwirkung im Zivilprozeß	105
b) Rechtsanwendungsfehler	106
c) Vertrauensschutz des Prozeßgegners als Grundlage der Präklusion	107
aa) Einzelfälle	108
bb) Der Prozeß als Vertrauensgrundlage	114
d) Besondere Verurteilungsarten	116
aa) Das Versäumnisurteil	116
bb) Verzichts- und Anerkenntnisurteil	118
e) Beteiligung des Gerichtes an der Aufklärung des Sachverhaltes	120

	<u>Seite</u>
VII. Fehltrteil und materielle Rechtskraft	123
1.) Die Leugnung möglicher Fehltrteile	123
2.) Die Grundlagen materieller Rechtskraft	130
a) Die materielle Rechtskraft als Ziel des Prozesses	130
b) Prozeßzweck und materielle Rechtskraft des unrichtigen Urteils	135
VIII. Der Zusammenhang des Prozeßrechtes mit den Wertungen des materiellen Rechtes	139

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
a.F.	alter Fassung
Anm.	Anmerkung
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
hess.	hessisch
h.M.	herrschende Meinung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
österr.	österreichisch
RAG	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes
Rdn.	Randnummer
vgl.	vergleiche

Im übrigen werden die bei

Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache 2. Aufl. Berlin 1968, angegebenen
Abkürzungen benutzt.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- | | |
|---|---|
| Arens, Peter | Prozeßrecht und materielles
Recht
AcP 173, 250 |
| derselbe | Zur Anspruchs konkurrenz bei
mehreren Haftungsgründen
AcP 170, 392 |
| Baumbach-Lauterbach-
Albers-Hartmann | Zivilprozeßordnung
37. Aufl.
München 1979
zitiert: Baumbach-Bearbeiter |
| Baumgärtel, Gottfried | Die Verwirkung prozessualer
Befugnisse im Bereich der ZPO
und des FGG
ZZP 67, 423 |
| Baur, Fritz | Richtermacht und Formalismus
im Verfahrensrecht
Summum Jus Summa Iniuria 1963
S. 97 |
| derselbe | Zwangsvollstreckungs- und
konkursrechtliche Fragen zum
Gleichberechtigungsgesetz
FamRZ 1958, 252 |
| Beitzke, Günther | Familienrecht; Ein Studienbuch
19. Aufl.
München 1977 |
| derselbe | Anmerkung zum Urteil des OGH
für die britische Zone
SJZ 1950, 500 |
| Bernhardt, Wolfgang | Das Zivilprozeßrecht
3. Aufl.
Berlin 1968 |
| derselbe | Auswirkungen von Treu und Glauben
im Prozeß und in den Zwangsvoll-
streckungen
ZZP 66, 77 |

- Bethmann-Hollweg,
M.A. von Der Civilprozeß des gemeinsamen
 Rechtes in geschichtlicher Ent-
 wicklung
 Band I
 Bonn 1864
- Bettermann, Karl-
August Die Vollstreckung des Zivilurteils
 in den Grenzen seiner Rechtskraft
 Hamburg 1948
- Binder, Julius Prozeß und Recht
 Ein Beitrag zur Lehre vom Rechts-
 schutzanspruch
 Leipzig 1927
- derselbe Philosophie des Rechtes
 Berlin 1925
- Blomeyer, Arwed Einzelanspruch und gemeinschaft-
 licher Anspruch von Miterben und
 Miteigentümern
 AcP 159, 385
- derselbe Zum Urteilsgegenstand im Leistungs-
 Prozeß
 Festschrift für Friedrich Lent
 zum 75. Geburtstag 1957 S. 43
 München 1957
- derselbe Zivilprozeßrecht; Erkenntnis-
 verfahren
 Berlin, Göttingen, Heidelberg
 1963
- derselbe Non liquet
 JZ 1955, 605
- Blomeyer, Jürgen Rechtskraft und Rechtsmittel
 bei Klageabweisung
 NJW 1969, 587
- Boehmer, Gustav Grundlagen der Bürgerlichen
 Rechtsordnung
 II. Buch, 2. Abteilung
 Tübingen 1952
- derselbe Abstammungsklage und Unterhalts-
 urteil
 NJW 1955, 575

Bötticher, Eduard	Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß Berlin 1930
derselbe	Prozeßrecht und materielles Recht ZZP 85, 1
Boor, Hans Otto de	Der Begriff der actio im deutschen und italienischen Prozeßrecht Festschrift für Gustav Boehmer S. 99 Bonn 1954
Brox, Hans	Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß JuS 1962, 121
Bruns, Rudolf	Zivilprozeßrecht Eine systematische Darstellung Berlin 1968
derselbe	Buchbesprechung zu Johann Josef Hagen, Elemente einer allgemei- nen Prozeßlehre ZZP 87, 104
Bülow, Oskar	Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen Gießen 1868
derselbe	Gesetz und Richteramt Leipzig 1885
derselbe	Zivilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten AcP 62, 1
derselbe	Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung AcP 64, 1
derselbe	Absolute Rechtskraft des Urteils AcP 83, 1

derselbe	Die neue Proceßrechtswissenschaft und das System des Zivilproceßrechtes ZZP 127, 201
derselbe	Klage und Urteil ZZP 31, 191
Carnelutti	Recht und Prozeß in den neuen Strömungen des italienischen Rechtsdenkens ZZP 64, 28
Dahns, Peter	Die Unmöglichkeit der Klageverwirkung im deutschen Recht Diss. Hamburg 1966
Dassler/Schiffhauer	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung Kommentar 10. Aufl. Stuttgart 1968
Degenkolb, Heinrich	Beiträge zum Zivilprozeß Leipzig 1905
derselbe	Die Lehre vom Prozeßrechtsverhältnis AcP 103, 385
Deisenhofer, Ulrich	Restitutionsklage bei Zwiespalt von Unterhaltsurteilen und Abstammungsfeststellung FamRZ 1955, 33
Dölle, Hans	Darstellung des deutschen Familienrechtes mit rechtsvergleichenden Hinweisen Band 1 Karlsruhe 1964
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes. Ein Lehrbuch 15. Aufl. Tübingen Halbband 1 1959 Halbband 2 1960

- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
6. Aufl.
Münster
Band I 1975
Band II 1975
zitiert: Erman-Bearbeiter
- Esser, Josef Schuldrecht, besonderer Teil 2
4. Aufl.
Karlsruhe 1971
- derselbe Schuldrecht, besonderer Teil
Band 2, Teilband 1. Ein Lehrbuch
von Josef Esser und Hans Leo
Weyers
5. Aufl.
Heidelberg 1977
- Festl, Elmar Die Übernahme von Prozeßergebnis-
sen bei Klageänderung und Partei-
wechsel
Diss. Regensburg 1969
- Förster/Kann Die Zivilprozeßordnung für das
deutsche Recht
3. Aufl.
Berlin 1913
- Franke, Willy Anmerkung zu RAG JW 1935, 3177
JW 1935, 3178
- Gaul, Hans Friedhelm Die Grundlagen des Wiederaufnahme-
rechtes und die Ausdehnung der
Wiederaufnahmegründe
Bielefeld 1956
zitiert: Gaul-Wiederaufnahme
- derselbe Zur Frage nach dem Zweck des
Zivilprozesses
AcP 168, 27
- derselbe Willensmängel bei Prozeß-
handlungen
AcP 172, 342

- | | |
|-----------------------|--|
| Georgiades, Apostolos | Die Anspruchskonkurrenz im
Zivilrecht und Zivilprozeß-
recht
München 1968 |
| Gernhuber, Joachim | Lehrbuch des Familienrechtes
2. Aufl.
München 1970 |
| Griebeling, Armin | Die Verwirkung prozessualer
Befugnisse
Diss. Frankfurt 1966 |
| Goldschmidt, James | Der Prozeß als Rechtslage
Berlin 1925 |
| Grunsky, Wolfgang | Die Veräußerung der streit-
befangenen Sache
Tübingen 1968 |
| derselbe | Grundlagen des Verfahrensrechtes
2. Aufl.
Bielefeld 1964 |
| derselbe | Die Prozeßführungsbefugnis des
Beklagten
ZZP 76, 49 |
| Habscheid, Walther J. | Der Streitgegenstand im Zivil-
prozeß und im Streitverfahren der
freiwilligen Gerichtsbarkeit
Bielefeld 1956 |
| derselbe | Das Bundesarbeitsgericht und die
Lehre von der materiellen Rechts-
kraft Festschrift für Nipperdey
zum 60. Geburtstag am 21.1.1955
Band I S. 895
München 1955 |
| derselbe | Der Rechtsmittelverzicht im
Zivilprozeß
NJW 1965, 2369 |

Hagen, Johann Josef	Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre Freiburg 1972
Hahn-Stegemann	Die gesammelten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30.1.1877 2. Aufl. Berlin 1883
Hegler, August	Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechtes Festgabe für Philip Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, S. 216 Tübingen 1931
Heim, Franz Felician	Die Feststellungswirkung des Zivilurteils München 1912
Hellwig, Konrad	Anspruch und Lagerecht; Beiträge zum Bürgerlichen und Prozeßrecht Jena 1900
derselbe	Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft Leipzig 1901
derselbe	System des deutschen Zivil- prozeßrechtes 1. Teil: ordentliches Verfahren aus- schließlich besondere Prozeß- arten und Zwangsvollstreckung Leipzig 1912
Henckel, Wolfram	Prozeßführungsmacht kraft Rechtscheins Heidelberg 1956
derselbe	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß Heidelberg 1961
derselbe	Vom Gerechtigkeitswert verfahrens- rechtlicher Normen Heidelberg 1966

derselbe	Prozeßrecht und materielles Recht Göttingen 1970
derselbe	Parteibegriff und Rechtskraft- erstreckung ZZP 70, 448
Henke, Horst Eberhard	Bedingte Übertragungen im Rechts- verkehr und Rechtsstreit Berlin 1959
Hesselberger, Dieter	Die Lehre vom Streitgegenstand Köln 1970
Hofmann, Kurt	Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft Leipzig 1929
Jauernig, Othmar	Das fehlende Zivilurteil Frankfurt 1958
derselbe	Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streit- gegenstand Tübingen 1967
derselbe	Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvoll- streckung ZZP 66, 398
Johannsen	Rechtfertigung und Begrenzung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 ZPO Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag S. 81 Karlsruhe 1964
Kaehler, Michael	Vollstreckung in schuldner- fremde Sachen und Bereicherungs- ausgleich JR 1972, 445
Keitel, Burkhardt	Rechtskräftiges Urteil und neue Tatsachen im Zivilprozeß Diss. Marburg 1971

Kohler, Josef	Der Prozeß als Rechtsverhältnis
derselbe	Der sog. Rechtsschutzanspruch ZZP 33, 211
derselbe	Das materielle Recht im Urteil Festgabe für Franz Klein S. 1 Wien 1914
derselbe	Bürgerlichrechtliche und prozeß- rechtliche Elemente im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung Grünhutz 33, 561
Kollhosser, Helmut	Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkennt- nisverfahren der freiwilligen Gerichtsbарkeit München 1970
derselbe	Grundlagen des Verfahrensrechtes JZ 1973, 8
derselbe	Buchbesprechung von Wolfram Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht JZ 1972, 291
derselbe	Buchbesprechung von Johann Josef Hagen, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre JZ 1974, 143
Krämer, Klaus	Die Verwirkung von Rechten unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechtes Diss. Würzburg 1964
Küper, Wilfried	Berufungsverfahren nach § 329 StPO wegen Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten JuS 1972, 127
Lange, Heinrich Kuchinke, Kurt	Lehrbuch des Erbrechtes 2. Aufl. München und Berlin 1978

- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechtes
2. Band Besonderer Teil
11. Aufl.
München 1977
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürger-
Hübner, Heinz lichen Gesetzbuches
16. Aufl.
Berlin 1966
- Lent, Friedrich Ausübung von Gestaltungsrechten
nach einem Prozeß
DR 1942, 868
- derselbe Buchbesprechung Albrecht Zeuner,
Die objektiven Grenzen der Rechts-
kraft im Rahmen rechtlicher Sinn-
zusammenhänge
ZZP 73, 316
- derselbe Zivilprozeßrecht Studienbuch
9. Aufl.
München und Berlin 1959
- derselbe Buchbesprechung von Gaul,
Die Grundlagen des Wiederaufnahme-
rechtes und die Ausdehnung der
Wiederaufnahmegründe
ZZP 70, 397
- Lent, Friedrich Zivilprozeßrecht Ein Studienbuch
Jauernig, Othmar 18. Aufl.
München 1977
- Lent, Friedrich Sachenrecht
Schwab, Karl-Heinz 16. Aufl.
München 1977
- Lüke, Gerhard Prozeßführungsbefugnis
ZZP 76, 1
- derselbe Die Rechtsnatur des Pfändungs-
pfandrechtes
JZ 1957, 239
- Martens, Joachim Rechtskraft und materielles Recht
ZP 79, 404

Massfeller, Franz Reinicke, Dietrich	Das Gleichberechtigungsgesetz Köln 1958
Mendelssohn-Bartholdy	Grenzen der Rechtskraft Berlin 1900
Motive	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Berlin 1888
Niese, Werner	Doppelfunktionelle Prozeß- handlungen; ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre Göttingen 1950
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht 2. Aufl. Tübingen 1952
derselbe	Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß ACP 154, 269
Otto, Hans-Jörg	Die Präklusion Berlin 1950
Oertmann, Paul	Bürgerliches Gesetzbuch Band 2 3. Aufl. Berlin 1910
Pagenstecher, Max	Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft Berlin 1905
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 32. Aufl. München 1973 38. Aufl. München 1979 zitiert: Palandt-Bearbeiter
Pawlowski, Hans Martin	Aufgaben des Zivilprozesses ZJP 80, 345
Peters, Egbert	Zur Rechtskraftlehre Zeuners ZJP 76, 229

- Planck
Bürgerliches Gesetzbuch nebst
Einführungsgesetz
4. Aufl.
Band II 1. Hälfte
Berlin 1914
- Pohle, Rudolf
Empfiehl es sich, die Revision
zu den oberen Bundesgerichten in
Strafsachen einzuschränken und
ihre Zulässigkeit in den einzelnen
Gerichtsbarenheiten einheitlich zu
regeln.
Gutachten
Verhandlungen zum 44. Deutschen
Juristentag
Band I Teil 3 Heft B
Karlsruhe 1962
- Protokolle
Protokolle der Kommission für
die 2. Lesung des Entwurfes eines
Bürgerlichen Gesetzbuches im
Auftrage des Reichsjustizamtes,
bearbeitet von Achilles, Gebhard,
Spahn
Band 1 1897
Band 2 1898
Band 3 1899
Berlin
- Reichel, Hans
Rechtskraft und ungerechtfertigte
Bereicherung Festschrift für Wach
Band III S. 3
Leipzig 1913
- RGRK
Das Bürgerliche Gesetzbuch
Kommentar herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und Bundes-
richter
10. und 11. Aufl.
IV. Band 1. Teil
Berlin 1960
- Reinicke, Dietrich
Verwaltungsbeschränkungen im
gesetzlichen Güterstand der Zu-
gewinnsgemeinschaft
BB 1957, 564

- Reinicke, Gerhard Die Kollision zwischen Rechts-
frieden und Gerechtigkeit
NJW 1952, 3
- Rimmelspacher, Bruno Zur Prüfung von Amts wegen im
Zivilprozeß
Berlin 1960
- derselbe Materiellrechtlicher Anspruch
und Streitgegenstandsprobleme
im Zivilprozeß
Göttingen 1970
zitiert: Rimmelspacher Anspruch
- Rosenberg, Leo
Schwab, Karl-Heinz Zivilprozeßrecht
12. Aufl.
München 1977
- Rosenberg, Leo Zivilprozeßrecht
9. Aufl.
München und Berlin 1961
- Rossmann, Wolfgang Die Beiladung im Zivilprozeß
Diss. München 1968
- Rothoeft, Dietrich Vermögensverlust und Bereiche-
rungsausgleich
AcP 163, 215
- Rüßmann, Helmut Einziehungsermächtigung und
Klagebefugnis
AcP 172, 520
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Prozeßrechtslehre
Berlin 1951
- Savigny System des heutigen römischen
Rechtes
Band 5 Berlin 1841
Band 6 Berlin 1847
- Sax, W. Das unrichtige Urteil als Zentral-
problem der allgemeinen Prozeß-
rechtslehre
ZZP 67, 21

Schlosser, Peter	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß Tübingen 1968
derselbe	Das völkerrechtswidrige Urteil nach deutschem Prozeßrecht ZZP 79, 164
Schmidt, Eike	Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie Frankfurt 1973
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten Karlsruhe 1953
Schneider, Rudolf	Die Prozeßführungsbefugnis des Materiellberechtigten - eine überholte Sachurteilsvoraus- setzung ZZP 77, 278
Schönke, Adolf	Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff Detmold 1950
derselbe	Das Rechtsschutzbedürfnis, ein zivilprozessualer Grundbegriff AcP 150, 216
derselbe	Zivilprozeßrecht 1. Aufl. Berlin 1938
Schönke, Adolf Schröder, Horst Niese, Werner	Zivilprozeßrecht 8. Aufl. Karlsruhe 1956
Schönke, Adolf Kuchinke, Kurt	Zivilprozeßrecht Neubearbeitung 9. Aufl. Karlsruhe 1969
Schönke, Adolf Baur, Fritz	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 8. Aufl. Karlsruhe 1969

- Schulze-Bentrop Wirkung der Rechtsnachfolge im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren und in der Zwangsvollstreckung
Diss. Köln 1937
- Schumann, Ekkehard Fehlurteil und Rechtskraft
Festschrift für Bötticher s. 290
Berlin 1969
- Schwab, Karl-Heinz Der Streitgegenstand im Zivilprozeß
München 1954
- derselbe Buchbesprechung von Albrecht Zeuner
Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge
JZ 1959, 786
- Schwinge, Erich Grundlagen des Revisionsrechtes
2. Aufl.
Bonn 1960
- Schwoerer, Julius Anerkennung ehelich geborener Kinder ? Verzicht auf das Recht zur Anfechtung der Ehelichkeit
NJW 1961, 2291
- Seuffert/Walsmann Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Band 1
12. Aufl.
München 1932
- Siebenhaar, Herrmann Der Begriff der Verwirkung
JR 1962, 88
- Siebert, Wolfgang Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung
Marburg 1934
- Simshäuser, Wilhelm Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny
Bielefeld 1965

- Sinaniotis, Lambros Prozeßstandschaft und Rechtskraft
ZJP 79, 78
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch
Kommentar
 9. Aufl. Band IV 1963
 10. Aufl. Band 2 1967
 Band V 1971
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
zitiert: Soergel-Siebert-
Bearbeiter
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
 9. Aufl. Band 3 1930
 11. Aufl. Band II
 Teil 1 b 1961
 10./11. Aufl. Band IV
 Teil 2 1970
Berlin
zitiert: Staudinger-Bearbeiter
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung
 18. Aufl. Band I 1956 ff
 Band II 1956 ff
 19. Aufl. Band I 1964 ff
 Band II 1964 ff
 Band III 1964 ff
Tübingen
zitiert: Stein-Jonas-Bearbeiter
- Stein, Friedrich
Juncker, Josef Grundriß des Zivilprozeß-
rechtes und des Konkursrechtes
 3. Aufl.
Tübingen 1928
- Steiner-Riedel Zwangsversteigerung und Zwangs-
verwaltung
 8. Aufl.
Berlin 1973
- Thomas-Putzo Kommentar zur Zivilprozeßordnung
 10. Aufl.
München 1978

- | | |
|---------------------------|---|
| Unger, Joseph | System des österreichischen
allgemeinen Privatrechtes
3. Aufl.
Band II
Leipzig 1876 |
| Wach, Adolf | Handbuch des deutschen Civil-
processes
1. Band
Leipzig 1885 |
| derselbe | Vorträge über die Reichszivil-
prozeßordnung
Bonn 1879 |
| derselbe | Der Feststellungsanspruch
Sonderdruck aus Leipziger
Festgabe für Windscheid
Leipzig 1889 |
| derselbe | Der Rechtsschutzanspruch
ZZP 32, 1 |
| Wach, Adolf
Laband, P. | Zur Lehre von der Rechtskraft
Leipzig 1899 |
| Walsmann, Hans | Prozeßzweck und Verfahren im
Zivilprozeß
RheinZ 12, 414 |
| Weber, Friedrich | Zur Methodik des Prozeßrechts
Studium Generale 1960, 184 |
| Wieczorek | Zivilprozeßordnung und Neben-
gesetze
Kommentar II. Band
Berlin, New York 1970 |
| Wieser, Eberhard | Das Rechtsschutzinteresse des
Klägers im Zivilprozeß
Bielefeld 1971 |
| Windscheid, Bernhard | Die Actio des römischen Civil-
rechtes vom Standpunkt des heu-
tigen Rechtes
Düsseldorf 1856 |

des Sachverhaltes tragen. Nur weil Henckel den Prozeß als bloße Fortsetzung der außerprozessualen Rechtsausübung ansieht, kann er die prozessualen Beschränkungen der Rechtsausübung mit materiellrechtlichen Wertungen begründen.

Henckel verkennt dabei jedoch die Stellung, die dem Gericht nach dem heute gültigen Prozeßrecht zukommt. Er geht davon aus, daß der Prozeß bloße Fortsetzung der außerprozessualen Rechtsausübung ist, das wurde bereits aufgezeigt. Das Prozeßrecht hat danach die Funktion, Ordnung und Schranke dieser Rechtsausübung zu sein.²¹⁷⁾ Den Gerichten kommt in diesem Zusammenhang nach seiner Auffassung die Aufgabe zu, für einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Parteien zu sorgen, wobei dieser Interessenausgleich nicht nur durch Anwendung des materiellen Rechtes, sondern auch durch Ausgleich prozessualer Chancen geschehen soll. Das Gericht habe darauf hinzuwirken, daß die Parteien ihre Chancen wahrnehmen, sachdienliche Anträge stellen, die Tatsachen erschöpfend vorbrächten, Beweise anträgen und nicht zum Nachteil des Gegners bewußt die Unwahrheit vortrügen.²¹⁸⁾ Die Aufgabenbereiche von Parteien und Gericht bleiben dabei nach Henckels Lehre jedoch streng getrennt: Die Parteien tragen die Verantwortung für die Ausübung und die Verteidigung ihrer Rechte, das Gericht überwacht die Parteien und sorgt gleichsam als Schiedsrichter für einen interessengemäßen Ausgleich.²¹⁹⁾

217) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 61 ff, insbesondere S. 63.

218) Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 20.

219) Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 20 ff.

Diese Ansicht entspricht nicht mehr den heutigen Vorstellungen des Zivilprozeßrechtes. Besonders die Einführung der richterlichen Aufklärungspflicht des § 139 ZPO und die dem Gericht auf Grund des § 273 ZPO obliegenden Maßnahmen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung machen deutlich, daß dem Gericht nicht nur Ausgleichs- und Überwachungsfunktionen gegenüber den Parteien zukommt, sondern daß der Richter für die Aufklärung des Sachverhaltes mitverantwortlich ist. Zwar liegt im Zivilprozeß der Schwerpunkt der Sachverhaltsaufklärung bei den Parteien. Der Richter ist aber an der Aufklärung des Tatsachenstoffes beteiligt. Er hat von Amts wegen das vorgebrachte Material auf Erheblichkeit, Vollständigkeit und Beweisbedürftigkeit zu prüfen. Wenn er hierbei Unvollständigkeiten oder Widersprüche entdeckt, hat er die Parteien darauf hinzuweisen. Die gesetzlichen Grundlagen hierfür finden sich in § 139 und § 273 ZPO.

Mit Ausnahme des Zeugenbeweises kann er ferner gemäß § 142 ff, 448 ZPO alle Beweise von Amts wegen erheben. Gemäß § 141 ZPO kann er schließlich zur Aufklärung des Sachverhaltes das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen.

Die Zivilprozeßordnung gibt dem Richter vielfache Möglichkeiten, zu der Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen. Seiner Aufgabe wird er aber nur gerecht, wenn er diese Möglichkeiten auch nutzt.

Die Sachverhaltsaufklärung stellt sich danach als eine Gemeinschaftsaufgabe von Parteien und Gericht dar, Richter und Parteien haben gemeinsam den Sachverhalt, der den Gegenstand des Streites bildet, zu erforschen.²²⁰⁾

220) Ebenso Kollhosser, Zur Stellung der Verfahrens-beteiligten S. 115; Rosenberg-Schwab § 78 I 3.

I. Einführung

Die Emanzipation des Prozeßrechtes aus den Fesseln zivilistischen Denkens¹⁾ ist eine der wesentlichen Erkenntnisse der modernen Prozeßwissenschaft.²⁾ Sie wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eingeleitet und beruht auf der Erkenntnis, daß dem Prozeß gegenüber dem materiellen Recht Eigenwert und Eigengesetzlichkeit zukommen.

Mit dieser Erkenntnis lösen sich der Prozeß und sein Recht aus der bis dahin strengen Gefolgschaft des materiellen Rechtes, der Prozeß wird als ein selbständiger Öffentlichrechtlicher Vorgang verstanden und die durch ihn begründeten rechtlichen Beziehungen werden von dem in ihm verfolgten materiellen Anspruch getrennt.³⁾

Damit ist die Voraussetzung für eine eigenständige wissenschaftliche Betrachtung des Prozeßrechtes geschaffen und die ausschließliche Orientierung an den Kategorien des Privatrechtes aufgehoben.⁴⁾ Zugleich ist der Weg frei

-
- 1) Dieses moderne Schlagwort taucht zum ersten Mal bei Kohler ZJP 33, 218 auf. In der neueren Literatur vgl. weiterhin Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil S. 1; Gaul AcP 168, 31; ders. AcP 172, 342; Baur, Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht S. 98.
 - 2) Vgl. die laudatio Cerneluttis ZJP 64, 32, 39, 45; Gaul AcP 168, 31; Sax ZJP 67, 21 f; Arens AcP 173, 250.
 - 3) Weber Studium Generale 1960, 185; Niese S. 21 ff; ausführlich zu der Entwicklung von materiellem Recht und Prozeßrecht Simshäuser, Zur Entwicklung von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny; vgl. auch VII in diesem Text.
 - 4) Sax ZJP 67, 22; Goldschmidt S. 146 f; Gaul AcP 168, 30 f; Niese S. 21 ff, Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil S. 1.

für den Gedanken, daß nicht nur die Interessen der Parteien, sondern auch die der Allgemeinheit den Prozeß und seine rechtliche Gestaltung bestimmen.⁵⁾ Für die Suche nach den Grundlagen zivilprozessualer Normen und Institute, die das Verständnis und die Auslegung der jeweiligen Vorschrift bestimmen, bildet das den Ansatzpunkt zur Übernahme öffentlichrechtlicher Wertungen in das Zivilprozeßrecht. Daneben wird durch die Erkenntnis der Eigenständigkeit auch die Suche nach den Gemeinsamkeiten der verschiedenen Verfahrensgesetze und damit die Tendenz zu einer Verallgemeinerung des Prozeßrechtes ermöglicht.⁶⁾

Über diesem Trennungsdenken ist nach Ansicht Henckels in der Prozeßrechtswissenschaft der Zusammenhang von Zivilprozeßrecht und materiellem Recht in Vergessenheit geraten, da der Freiraum, der durch die Trennung entstanden sei, von der Wissenschaft weitgehend mit öffentlichrechtlichen Wertungen aufgefüllt worden sei, die die Beziehungen von materiellem Zivilrecht zum Zivilprozeß immer mehr verdunkelt hätten. Dagegen aber setzt sich Henckel zur Wehr. Er fordert die erneute Verfestigung des Zusammenhanges von Zivilprozeßrecht und materiellem Zivilrecht.⁷⁾ Zu diesem Zwecke hat er es sich zur Aufgabe gesetzt, Wechselbeziehungen zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht aufzuzeigen und für die Auslegung der Normen beider Bereiche nutzbar zu machen. Sein Ziel ist es, prozeßrechtliche Vorschriften auf

5) Arens AcP 173, 250.

6) Arens AcP 173, 250.

7) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, insbesondere S. 26; ders., Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 12.

übergreifende materiellrechtliche Wertungen zurückzuführen oder für beide Bereiche gemeinsame Wertungsprinzipien darzutun, um auf diesem Wege die enge Verzahnung des Zivilprozeßrechtes mit dem materiellen Zivilrecht nachzuweisen und den materiellen Gerechtigkeitsgehalt der prozessualen Normen zu offenbaren.⁸⁾

Dieses Ziel kann er aber nur dann erreichen, wenn er dort ansetzt, wo das Prozeßrecht die Ausübung des materiellen Rechtes einschränkt und zu Widersprüchen zum materiellen Recht zu führen scheint. Denn vor allem in diesem Bereich, wo Diskrepanzen zum materiellen Recht möglich erscheinen, haben öffentlichrechtliche Gesichtspunkte und Zweckmäßigkeitserwägungen tragende Funktionen erlangt.

Eckpfeiler seiner Lehre sind die Gedanken von Verwirkung und Verzicht. Auf sie führt er vor allem die Regeln der materiellen Rechtskraft, der Versäumung von Rechtsmittel- oder Einspruchsfristen, die endgültigen Folgen eines Versäumnisurteiles und die Zurückweisung verspäteten Parteivorbringens zurück.⁹⁾

Diese Lehre Henckels für den Bereich der materiellen Rechtskraft zu untersuchen, ist Gegenstand der folgenden Arbeit.

8) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht
Einleitung S. 26, 41, 64 und öfter.

9) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht
S. 61 ff und 93 ff.

II. Die Rechtskraftlehre Wolfram Henckels

1.) Grundlagen

Die Lehre Wolfram Henckels beruht auf seinem Verständnis des Zivilprozesses.¹⁰⁾

Die Aufgabe der Lehre vom Prozeßzweck sieht er darin, die Funktionszusammenhänge der einzelnen prozessualen Norm mit übergreifenden materiellrechtlichen Wertungen zu verdeutlichen.¹¹⁾

a) Dieser Aufgabe werden die herkömmlichen Bestimmungen des Prozeßzweckes nach seiner Ansicht nicht gerecht. Die Erzeugung des rechtskräftigen Urteiles¹²⁾, die Konkretisierung der abstrakten¹³⁾ und die Bewährung der objektiven Rechtsordnung¹⁴⁾ sind nach seiner Auffassung keine geeigneten Prozeßzwecke, da mit diesen Bestimmungen des Prozeßzweckes der Zusammenhang zum materiellen Recht verkannt werde und eine interessengemäße Wertung der prozessualen Vorschriften deshalb unmöglich sei. Der Lehre von Goldschmidt, die den Zweck des Prozesses in der Herbeiführung

10) Darauf weisen auch Bötticher ZJP 85, 18 f; Kollhosser JZ 1972, 291 und Arens AcP 173, 251 in den Buchbesprechungen von Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht hin.

11) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 47.

12) Goldschmidt S. 151.

13) Sauer S. 1 ff; Pawlowski ZJP 80, 368.

14) Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis S. 11; ders. AcP 150, 216; Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl. Einl. C; de Boor Festschrift für Böhmer S. 107.

eines rechtskräftigen Urteiles sieht, widerspricht er, weil sie den Prozeß als Selbstzweck verstehe und dadurch zu einer radikalen Trennung von Prozeß und materiellem Recht führe, die den Weg zu einer Wertung prozessualer Normen verstelle.¹⁵⁾ Die Theorien, die die materielle Rechtsordnung außerhalb des Prozesses als unfertig und unbestimmt bezeichnen und den Zweck des Prozesses in einer Konkretisierung der abstrakten Rechtsordnung sehen¹⁶⁾, beinhalten nach seiner Auffassung die Gefahr, daß die prozeßrechtlichen Wertungen von denen des materiellen Rechtes gelöst werden und der Inhalt des materiellen Rechtes in Abhängigkeit gerät von der Ausgestaltung des Verfahrens.¹⁷⁾

Die Bewährung der objektiven Rechtsordnung¹⁸⁾ scheidet für ihn als Zweck des Prozesses aus, weil der Prozeß danach von den Interessen der Allgemeinheit bestimmt werde und dadurch Wertungsprinzipien in das Prozeßrecht übernommen würden, die dem materiellen Recht gegenüber sachfremd seien.¹⁹⁾

Keine Zustimmung findet aber auch die Lehre vom Prozeßzweck, die auf den Schutz des subjektiven Rechtes abstellt und die Aufgabe des Prozesses in der Durchsetzung des materiellen subjektiven Rechtes sieht²⁰⁾, da es eine Viel-

15) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 48 ff.

16) Vgl. Note 13.

17) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 50 ff.

18) Vgl. Note 14.

19) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 59 f.

20) Baumbach-Hartmann Anm. 1 C vor § 300; Baur, Richtermacht und Formalismus S. 98, 103; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechtes, § 1 II S. 3; ders. ZZP 76, 56; Pohle Verhandlungen zum 44. DJT S. 10; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Einleitung C.

zahl von Fällen gebe, in denen sich das materielle Recht im Prozeß gerade nicht durchsetze. So könne die Durchsetzung eines bestehenden Rechtes etwa daran scheitern, daß der Kläger einen Termin versäume und auf das ergangene Versäumnisurteil hin nicht rechtzeitig Einspruch einlege oder auch daran, daß er anspruchsbegründende Tatsachen zu spät vortrage und deshalb mit ihnen ausgeschlossen werde oder vorgetragene Tatsachen nicht zur Überzeugung des Gerichtes zu beweisen vermöge. In allen diesen Fällen sei aber das Prozeßergebnis mit dem erstrebten Ziel des Prozesses, der Durchsetzung des subjektiven Rechtes, nicht in Einklang zu bringen. Alle prozessualen Vorschriften, die eine Einschränkung der Rechtsausübung anordneten und zu einem der materiellen Rechtslage widersprechenden Ergebnis führen könnten, stünden danach in Widerspruch zu dem angestrebten Prozeßziel und erschienen als Fremdkörper im Prozeßrecht. Diese Theorie könne deshalb ihrer Aufgabe, die Funktionszusammenhänge der prozessualen Norm mit dem materiellen Recht und der übrigen Rechtsordnung aufzuzeigen, nicht gerecht werden, weil ein wesentlicher Teil des Prozeßrechtes dem angenommenen Zweck zuwiderlaufe.²¹⁾

Die Ansicht, die aus diesem Grunde davon ausgeht, daß der Zweck des Prozesses nicht allein im Schutz des subjektiven Rechtes, sondern auch in der Wahrung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden bestehe²²⁾, sieht Henckel vor die nach seiner Auffassung unlösbare Aufgabe gestellt, Kriterien finden zu müssen, die darüber Auskunft geben, wann dem einen und wann dem anderen Zweck der Vorzug zu geben sei.²³⁾

21) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 58 f.

22) Bernhardt Z郑 66, 77; Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 1 I 4 S. 2; Rosenberg-Schwab § 1 III 1 S. 2; Schönke-Kuchinke § 1 II S. 3.

23) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 60.

b) Henckels eigene Auffassung zur Bestimmung des Prozeßzweckes geht von der Überlegung aus, wie es mit den Wertungen des im Prozeß umstrittenen materiellen Rechtes zu vereinbaren sei, daß prozessuale Normen zu einer dem materiellen Recht widersprechenden Entscheidung führen könnten. Diese Überlegung führt ihn zu einer Kennzeichnung des Prozesses als Mittel und Verfahren zur Rechtsausübung.²⁴⁾

Der Prozeß gebe dem einzelnen die Möglichkeit, sein Recht durchzusetzen und seine Rechtssphäre zu verteidigen. Ob sich das materielle Recht im Prozeß aber tatsächlich behaupte, sei nicht allein davon abhängig, ob es in Wirklichkeit bestehe, sondern in gleicher Weise davon, wie es im Prozeß ausgeübt werde. Die Partei könne mit ihrer Rechtsverfolgung auch deshalb scheitern, weil sie einen Termin versäume, Fristen nicht einhalte, erhebliche Tatsache verschweige oder zu spät vortrage, Zeugen nicht benenne, Urkunden nicht vorlege usf. Der Grund für die vom Prozeßrecht angeordnete Einschränkung in der Rechtsausübung ist nach seiner Ansicht das eigene Verhalten der Parteien im Prozeß. Einschränkungen in der Rechtsverfolgung sieht er zum einen darin begründet, daß die Partei ihre Möglichkeiten bewußt nicht nutzt. Wer seine prozessualen Befugnisse nicht wahrnehme, weil er von ihnen keinen Gebrauch machen wolle, der werde deshalb mit ihnen ausgeschlossen. Der weitere Grund für eine prozeßrechtliche Beschränkung der Rechtsausübung liegt für ihn darin, daß die Partei von ihren prozessualen Möglichkeiten und Befugnissen nicht den richtigen Gebrauch gemacht habe und deshalb im Interesse des Gegners an der weiteren Ausübung des Rechtes gehindert werde.

24) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 61 ff.

In beiden Fällen ist nach Henckels Ansicht aber die Parallele zum materiellen Recht offenbar, im Prozeß geschehe nichts anderes, als im außerprozessualen Bereich, denn auch dort verliere der Berechtigte die Möglichkeit zur Verfolgung seines Rechtes, wenn er im Einvernehmen mit dem Gegner darauf verzichte, auch dort könne er sein Recht nicht mehr ausüben, wenn er von ihm nicht den richtigen Gebrauch gemacht habe und eine weitere Rechtsausübung den Interessen des Gegners zuwiderlaufe. Wie außerhalb des Prozesses das Recht durch den Willen des Verfügungsbefugten untergehen könne, durch seine Nachlässigkeit verwirkt werde oder wegen der Art seiner Ausübung oder der Unzumutbarkeit für den Gegner seine Wirkungskraft verliere, so scheitere die Rechtsdurchsetzung oder Rechtsverteidigung im Prozeß, wenn die Partei nicht streiten wolle, ihre Befugnisse verwirke oder den Prozeß in einer Weise führe, die dem Gegner von rechtswegen nicht zugemutet werden könne.

Diese Erwägungen führen Henckel zu dem Ergebnis, daß der Prozeß nichts anderes als die Fortsetzung der außerprozessualen Rechtsausübung und das Prozeßrecht Ordnung und Schranke dieser Rechtsausübung sei. Der Prozeß diene, wie Henckel es formuliert, dem Zwecke einer qualifizierten Rechtsausübung.²⁵⁾ Das aber bedeute zugleich, daß der Vorteil, den die eine Partei durch die Gestaltung des Verfahrens zu Lasten der anderen erlange, nicht mit Gesichtspunkten des öffentlichen Wohls begründet werden könne. Weil die Parteien als Privatrechtssubjekte um ihre Rechte stritten, weil die Beschränkungen der Rechtsausübung, die das Prozeßrecht anordne, in ihren Wirkungen den materiellrechtlichen Beschränkungen entsprächen und auf vergleichbare Verhaltensweisen zurückzuführen seien,

25) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 63.

müsse auch das prozessuale Schicksal des streitigen Rechtes mit den Wertungen des materiellen Rechtes übereinstimmen. Das Prozeßrecht müsse die Prozeßausübung so ordnen, daß sie den Wertungen des materiellen Rechtes entspreche.²⁶⁾

2.) Die Begründung der materiellen Rechtskraft

Eine nachhaltige und umfassende Beschränkung in der prozessualen Rechtsausübung begründet die materielle Rechtskraft. Denn durch sie werden die Parteien über den laufenden Prozeß hinaus an die getroffene Entscheidung gebunden, Versäumnisse und Unterlassungen aus dem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren sind nicht mehr nachzuholen.

Betrachtet man den Prozeß als Verfahren zur Rechtsausübung, so bedeutet die materielle Rechtskraft für die unterlegene Partei das Ende dieser Rechtsausübung. Durch die materielle Rechtskraft wird die unterlegene Partei mit jedem weiteren Vorbringen, daß die Richtigkeit der Entscheidung anzweifelt, ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, ob das Urteil mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt oder nicht.

Die Maßgeblichkeit des Urteiles findet danach ihren Grund darin, daß die unterlegene Partei an diese Entscheidung gebunden wird und damit zugleich eine weitere Entscheidung über den Streitgegenstand vermieden wird.

26) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 63; ders., Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 23.

Da die Frage nach einer Bindung auch an das unrichtige Urteil nur relevant wird, wenn man eine Diskrepanz von materiellem Recht und Prozeßergebnis für möglich hält, muß Henckel zwingend auf dem Boden der heute vorherrschenden prozessualen Rechtskrafttheorie stehen, die einen Einfluß der materiellen Rechtskraft auf die materiell-rechtliche Situation ablehnt. Henckels Lehre widerspricht allerdings der herrschenden Meinung insoweit, als er die Bindung der Parteien als maßgebliche Folge der materiellen Rechtskraft ansieht. Denn für die heute herrschende Meinung ist die Bindung der Gerichte an die ergangene Entscheidung die maßgebliche Folge der Rechtskraft. Das gilt sowohl für die Lehre vom sog. Widerspruchsverbot, nach der die materielle Rechtskraft nur eine widersprechende Entscheidung verbietet, als auch für die Lehre vom sog. Wiederholungsverbot, nach der die materielle Rechtskraft jede erneute Verhandlung und Entscheidung über das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren verbietet. Die Bindung der Partei und ihr Ausschluß mit weiterem Vorbringen ist für die herrschende Meinung nur eine Folge der Bindung der Gerichte.²⁷⁾

Den Grund für diese Bindung der unterlegenen Partei auch an das falsche Urteil sieht Henckel in einer Verwirkung der Rechtsausübung. Henckel begründet dies wie folgt:
"Weicht das Urteil von der wirklichen Rechtslage ab, weil die unterlegene Partei ihr günstige Tatsachen oder Beweismittel nicht vorgebracht hat, so muß sie sich entgegenhalten lassen, daß sie die im Prozeß reichlich gebotene Gelegenheit, sich Gehör zu verschaffen, nicht genutzt hat und der Gegner nun darauf vertrauen darf, daß der Prozeß

27) Vgl. Blomeyer § 88 III 2; Lent-Jauernig § 62 II 3.
Wie Henckel allerdings Otto S. 83, 84, 88.

abschließend und verbindlich entschieden ist, nachdem beide Parteien ihren Standpunkt haben darlegen können. Die Ausschlußwirkung der Rechtskraft beruht also darauf, daß beide Parteien alles Erhebliche im Prozeß vorbringen konnten, diese Möglichkeit im Interesse des Gegners aber auch nutzen mußten. Wer die Chancen des Prozesses nicht wahrnimmt, verwirkt im Interesse des schutzwürdigen Gegners die weitere Ausübung seines Rechtes."²⁸⁾

III. Vergleich mit den überkommenen Ansichten

1.) Skizzierung der herrschenden Meinung

Die herrschende Meinung stellt ebenso wie Wolfram Henckel das unrichtige Urteil in den Vordergrund und fragt, warum auf Grund der materiellen Rechtskraft auch dem falschen Urteil Maßgeblichkeit beigemessen wird. Die Begründung hierfür sieht sie jedoch anders als Henckel nicht in dem prozessualen Verhalten der Partei, sondern für sie sind es vorwiegend Zweckmäßigkeitserwägungen, die der materiellen Rechtskraft zugrundeliegen und dem Urteil Endgültigkeit verleihen.²⁹⁾ Trotz aller Sicherungen in der Prozeßordnung

28) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 96.

29) Brox JuS 1962, 122; Bernhardt, Zivilprozeßrecht, § 53 III 1; ders. ZZP 66, 81; Grunsky, Grundlagen, § 47 vor I S. 484; Rosenberg-Schwab § 152 I S. 863; Heim S. 82 und S. 81 Note 16; Reimer Schmidt S. 745; Baumbach-Hartmann Einleitung III 5 B und C; Niese S. 115.

könne nicht ausgeschlossen werden, daß ein Endurteil die materielle Rechtslage verfehle. Dem Streben nach einer gerechten Entscheidung des Einzelfalles würde es entsprechen, daß die gefällte Entscheidung in diesem Fall erneut geprüft und richtiggestellt werden könnte. Folge davon wäre aber eine erhebliche Unsicherheit der Rechts- und Vermögensverhältnisse; denn da ein jedes Urteil möglicherweise unrichtig sei, könnte jedes Verfahren mit der Begründung, die ergangene Entscheidung entspreche nicht der materiellen Rechtslage, erneut aufgerollt werden und es bestünde die Gefahr, daß der Rechtsstreit der Parteien nie ein Ende nehme.³⁰⁾ Neben dieser endlosen Rechtsunsicherheit wären widersprechende Urteile die notwendige Konsequenz. Die Interessen der Allgemeinheit und der obsiegenden Partei wären dadurch unerträglich belastet. Rechtsfriede und Rechtssicherheit verlangten deshalb, daß der Streit der Parteien einmal zu Ende gehe und die getroffene Entscheidung Maßgeblichkeit erlange. Diesen Bestandsinteressen habe der Gesetzgeber mit Einrichtung der materiellen Rechtskraft Rechnung getragen.³¹⁾ Dabei gilt diese Begründung unabhängig von dem Streit um das Wesen der materiellen Rechtskraft nicht

30) Vgl. dazu schon Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. 6 S. 259, 260.

31) Aus der unüberschaubaren Literatur vgl. etwa Bernhardt, Zivilprozeßrecht § 53 III 1; Rosenberg-Schwab § 152 I; Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß S. 65; Zeiss § 70 III S. 202; Habscheid Festschrift für Nipperdey S. 896.

nur für die Verfechter der prozessualen, sondern auch für die Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorien. Zwar ist nach der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie jedes rechtskräftige Urteil notwendig richtig, so daß seine Maßgeblichkeit für Gerichte und Parteien selbstverständlich ist, jedoch ist diese Richtigkeit nach Ansicht der Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorien keine ursprüngliche, sondern erfolgt erst auf Grund einer Anpassung der materiellen Rechtslage an das Urteil. Für die Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie sind es damit die Forderungen von Rechtssicherheit und Rechtsfriede, die die Anpassung der materiellen Rechtslage an den Urteilsausspruch begründen³²⁾, während die Vertreter der prozessualen Rechtskrafttheorien in den Geboten von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden den Grund für die Bindung der Gerichte an die ergangene Entscheidung sehen.

Rechtssicherheit und Rechtsfriede sind demnach für die herrschende Meinung die entscheidenden Gesichtspunkte, die der Rechtskraft ihre Rechtfertigung und dem Urteil selbst unter Verstoß gegen die Gerechtigkeit Maßgeblichkeit verleihen. Als weitere Gesichtspunkte treten die Wahrung des Ansehens der Gerichte, der Autorität des Staates³³⁾ und prozeßökonomische Erwägungen, wie die

32) Vgl. insoweit den letzten maßgeblichen Vertreter der materiellen Rechtskrafttheorie Böhmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II 2 § 28 S. 16.

33) Betont wird dieses Argument insbesondere in der älteren Literatur, vgl. Stein, Grundriß des Prozeßrechtes S. 280, 281; Wach-Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft S. 4; Wach, Vorträge über die Zivilprozeßordnung S. 98; vgl. aber auch Nikisch, Zivilprozeßrecht § 104 II S. 403; Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl. § 322 Anm. I 4.

Ersparnis von Zeit, Kosten und Arbeitskraft hinzu.

Da die Forderungen nach Rechtssicherheit und Rechtsfriede keinen höheren Rang haben als das Streben nach Gerechtigkeit und gerechter Entscheidung, ist es für die herrschende Meinung eine wertende Entscheidung des Gesetzgebers, die der materiellen Rechtskraft ihren Grund gibt, da dem Gesetzgeber der mögliche Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit als das kleinere Übel gegenüber dem geschilderten Zustand lähmender Rechtswangewißheit erschienen ist.

Streitig bleibt allerdings unter den Vertretern der herrschenden Meinung, ob es nun in erster Linie die Interessen der Allgemeinheit oder vorrangig die Interessen der betroffenen Parteien sind, die diese Maßgeblichkeit der getroffenen Entscheidung selbst unter Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit begründen.³⁴⁾ Vorherrschend erscheint hier die Ansicht, die die wesentliche Bedeutung den öffentlichen Interessen beimißt. Die Begründung der materiellen Rechtskraft stimmt damit nach heute herrschender Ansicht noch immer mit der Definition überein, die § 65 PRAGO zur materiellen Rechtskraft gab:

"Die Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft gestatten es nicht, daß die Prozesse verewigt und die vom Richter nach gesetzmäßiger Untersuchung anerkannten und festgestellten Rechte der Parteien unter irgendeinem Vorwand wieder angefochten werden können".

34) Vgl. einerseits etwa Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen S. 66 Note 71; Johannsen S. 83; Rosenberg-Schwab § 152 I; andererseits Brox JuS 1962, 123 und schließlich vermittelnd Grunsky, Grundlagen § 47 vor I S. 484.

2.) Die Lehre Hans Friedhelm Gauls

Von der herrschenden Meinung unterscheidet sich die Ansicht Hans Friedhelm Gauls vor allem durch einen anderen Blickwinkel.³⁵⁾ Denn im Unterschied zu Henckel und der herrschenden Meinung stellt er nicht das unrichtige Urteil in den Vordergrund, sondern das richtige Urteil und seine durch die Rechtskraft begründete Maßgeblichkeit. Die Rechtskraft des unrichtigen Urteils ist auch nach seiner Ansicht in der Forderung nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden begründet. Damit aber sei die Bedeutung der Rechtskraft nicht ausgeschöpft. Denn die Frage nach den Grundlagen dürfe sich nicht an dem unrichtigen Urteil orientieren, sondern die wesentliche Funktion der materiellen Rechtskraft sei die gegenüber dem richtigen Urteil. Der maßgebliche Grund der materiellen Rechtskraft sei damit die Sicherung des Bestandes des richtigen Urteiles, die im Endurteil verwirklichte Gerechtigkeit solle vor weiterer Anfechtung geschützt werden. Das unrichtige Urteil werde davon nur miterfaßt, soweit es nicht im Wege der Wiederaufnahme beseitigt werden könne.³⁶⁾ Der Prozeß als Rechtsschutzbewährung bedürfe der materiellen Rechtskraft zur Rechtsschutzerhaltung.³⁷⁾

Deshalb könne von der materiellen Rechtskraft auch nicht als reiner Zweckmäßigkeitsmaßregel gesprochen werden, eine solche Festlegung sei vielmehr nur dann

35) Gaul, Wiederaufnahme S. 21 f.

36) Gaul, Wiederaufnahme S. 92.

37) So auch Jauernig ZZP 66, 415; ähnlich Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht § 62 I S. 202.

möglich, wenn das unrichtige Urteil in den Vordergrund gestellt werde, die maßgebliche Funktion der materiellen Rechtskraft gegenüber dem richtigen Urteil aber außer Betracht gelassen werde.³⁸⁾

3.) Vergleich mit der Lehre Henckels

Die vorangegangenen Ausführungen haben bereits gezeigt, daß Henckel ebenso wie die herrschende Meinung das unrichtige Urteil in den Vordergrund stellt und nach der Rechtfertigung sucht, warum auch diese falsche Entscheidung für die Zukunft maßgeblich ist. Die Forderung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden, die für die herrschende Meinung die Grundlage materieller Rechtskraft sind, sind für Henckel nur von zweitrangiger Bedeutung. Für ihn ist es das eigene Verhalten der Partei im Prozeß, das sich unmittelbar auf die Rechtsausübung auswirkt und die unterlegene Partei auch an die falsche Entscheidung bindet. Die Bindung an die ungünstige unrichtige Entscheidung tritt danach nicht deshalb ein, weil Rechtssicherheit und Rechtsfrieden das gebieten, sondern weil die Partei die weitere Ausübung ihres Rechtes verwirkt hat. Die Forderung nach Rechtssicherheit ist für Henckel nur insoweit von Bedeutung, als das Verwirkungsinstitut, das als Ausprägung einer wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässigen Rechtsausübung anerkannt ist, ebenfalls von der Forderung nach Rechtssicherheit beeinflußt ist.

Rechtssicherheit ist dabei nach Henckels Ansicht allerdings ausschließlich die Sicherheit des subjektiven

38) Gaul, Wiederaufnahme S. 92; ders. AcP 168, 60.

Rechtes und begründet keinen Widerspruch zur Gerechtigkeit. Die materielle Rechtskraft beruht auf einer Anerkennung der Schutzwürdigkeit der obsiegenden Partei, die sich wiederum auf eine Bewertung der beiderseitigen Parteiinteressen gründet. Die Interessen der Allgemeinheit und des Staates sind dabei ohne Belang.

Für Wolfram Henckel ist die materielle Rechtskraft daher keine Zweckmäßigkeitsentscheidung des Gesetzgebers, sondern entspricht den Wertungen materieller Gerechtigkeit.

IV. Praktische Auswirkungen der Lehre Henckels im Bereich der materiellen Rechtskraft

Der Zusammenhang prozessualer Vorschriften mit den Wertungen des materiellen Rechtes und speziell die Begründung der materiellen Rechtskraft mit dem Gedanken der Verwirkung ist für Henckel nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern hat erhebliche praktische Auswirkungen. Denn die Auslegung und Anwendung der prozeßrechtlichen Normen ist nach seiner Auffassung auszurichten an den Wertungen des materiellen Rechtes, so daß die Klärung streitiger Fragen überall dort, wo das Prozeßrecht Zweifel offen läßt, unter Hinzuziehung der materiellrechtlichen Grundlagen erfolgen muß. Einige der Folgerungen Henckels aus dem Bereich der materiellen Rechtskraft sollen im folgenden erörtert werden.

1.) Durchbrechung der materiellen Rechtskraft
mit Hilfe des § 826 BGB

Den Zusammenhang der materiellen Rechtskraft und auch anderer prozessualer Tatbestände mit dem materiellrechtlichen Gedanken der Verwirkung zeigt Henckel nicht etwa deshalb auf, um die strengen Normen des Zivilprozeßrechtes mit Hilfe der Generalklausel des § 242 BGB aufzuweichen, auf die sich die Verwirkung im materiellen Recht stützt. Sein Bestreben geht vielmehr dahin, den Gerechtigkeitsgehalt der prozeßrechtlichen Normen deutlich zu machen, um auf diesem Wege die gesetzesgemäße Anwendung der Vorschriften zu fördern und einer unbedachten Auflockerung des Prozeßrechtes durch materiellrechtliche Generalklauseln entgegenzuwirken.³⁹⁾

Betrachtet man mit der herrschenden Meinung die prozeßrechtlichen Vorschriften, die zu einer Einschränkung der Rechtsausübung führen, als formale Bestimmung im Interesse von Rechtssicherheit, Rechtsfrieden und der Prozeßwirtschaftlichkeit, so ist ein Konflikt mit der materiellen Gerechtigkeit möglich. Im Falle eines Verstoßes gegen die materielle Gerechtigkeit besteht deshalb die Gefahr, daß der Richter geneigt sein wird, die prozeßrechtlichen Beschränkungen der Rechtsausübung mit Hilfe materiellrechtlicher Wertungen zu überwinden, um so der Gerechtigkeit doch noch zum Siege zu verhelfen. Ein Beispiel dafür bietet die von der Rechtsprechung vollzogene Durchbrechung der materiellen Rechtskraft mit Hilfe des § 826 BGB. Für die herrschende Meinung

39) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 95, 117.

bedeutet es einen Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit, wenn ein Urteil, das der materiellen Rechtslage nicht entspricht, rechtskräftig wird. Die Forderungen nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden haben insoweit jedoch den Vorrang vor der Einzelfallgerechtigkeit. Nach ständiger Rechtsprechung⁴⁰⁾ und einem Teil der Rechtslehre⁴¹⁾ soll dieser Vorrang aber dann nicht mehr gelten, wenn ein gröblicher Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit vorliegt. Ist ein Urteil arglistig durch Irreführung des Gerichtes erschlichen worden oder wird ein unrichtiges Urteil in sittenwidriger Weise ausgenutzt, so soll nach dieser Ansicht der unterlegenen Partei die Möglichkeit gegeben sein, der Durchsetzung des festgestellten Anspruchs mit Hilfe

- 40) Vgl. aus der Rechtsprechung des Reichsgerichtes etwa RGZ 46, 75; 61, 359; 75, 213; 155, 55; 156, 269; 163, 296; 168, 12. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes BGH NJW 1951, 759; BGHZ 26, 391; 40, 130; 50, 115; 53, 50.
- 41) Aus der älteren Literatur etwa: Kohler Grünhutz 33, 563; Förster-Kann § 322 Anm. 6 b; Reichel Festschrift für Wach III S. 78 ff.
In der neueren Literatur bejahen die Anwendbarkeit des § 826 BGB: Bernhardt ZZP 66, 77; Staudinger-Weber § 242 Anm. D 522 ff; Zöller-Degenhardt vor § 322 Anm. 9c. Mit Einschränkungen auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. XI 4 d; Schönke-Kuchinke § 75 II 7; Grunsky Grundlagen § 47 III 3.

des § 826 BGB entgegenzutreten.⁴²⁾ Damit ist die materielle Rechtskraft durchbrochen.⁴³⁾ Zwar bleibt das rechtskräftige Urteil formell erhalten, es wird aber durch den Schadensersatzanspruch des § 826 BGB seiner Wirkungen beraubt. Zudem geschieht bei der Geltendmachung des § 826 BGB gerade das, was durch die materielle Rechtskraft verhindert werden soll, denn der alte Streit lebt wieder auf. Da der Anspruch aus § 826 BGB ein unrichtiges Urteil voraussetzt, muß der Richter des nachfolgenden Prozesses prüfen, ob die ergangene rechtskräftige Entscheidung der materiellen Rechtslage entspricht oder nicht.⁴⁴⁾

- 42) Dieser Anspruch ist auf Rückzahlung und Schadensersatz gerichtet, falls die Zwangsvollstreckung bereits durchgeführt wurde. Anderenfalls besteht gemäß § 826 BGB ein Anspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Titels, der auch einredeweise geltendgemacht werden kann.
- 43) Das Reichsgericht hatte in einigen Entscheidungen zunächst allerdings darauf abgestellt, daß die Zubilligung des Anspruches gemäß § 826 BGB nicht gegen die materielle Rechtskraft verstoße, da das rechtskräftige Urteil nicht angetastet werde, sondern unberührt bleibe. Vgl. RGZ 39, 142; 46, 75; 75, 213; 88, 290. In diese Richtung auch noch BGH NJW 1956, 505.
- 44) Gegen die Ansicht des Reichsgerichtes, die Rechtskraft werde nicht berührt, BGHZ 40, 130. Vgl. auch Reinicke NJW 1952, 3; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. XI 4 d.

Als wesentliche Begründung für die Umgehung der materiellen Rechtskraft wird angeführt, daß die formale Rechtsposition, die die materielle Rechtskraft gewähre, bei groben Verstößen gegen die Gerechtigkeit weichen müsse.⁴⁵⁾

Diese Begründung ist nach Henckels Lehre nicht denkbar. Denn für ihn entspricht auch die Rechtskraft des unrichtigen Urteiles den Wertungen materieller Gerechtigkeit, so daß alle Argumente entfallen, die die Rechtskraft als Formalvorschrift charakterisieren und um der Gerechtigkeit willen verdrängen wollen.⁴⁶⁾

Einschränkungen oder Durchbrechungen der materiellen Rechtskraft sowie der übrigen prozessualen Präklusionsnormen mit Hilfe materiellrechtlicher Generalklauseln sind nach Henckels Lehre grundsätzlich unmöglich, da die zur Anwendung der Generalklausel gebotene Abwägung der gegenseitigen Interessen bereits in den Vorschriften der Zivilprozeßordnung vollzogen sei. Generalklauseln des materiellen Rechtes können nach seiner Ansicht nur dort noch Anwendung finden, wo das Prozeßrecht Wertungslücken enthält, die durch Auslegung der prozeßrechtlichen Regeln nicht geschlossen werden können.⁴⁷⁾ Da das Zusammenspiel von Rechtskraft und der Wiederaufnahme

45) Vgl. die in Note 41 zitierten Entscheidungen sowie die in Note 42 angegebene Literatur.

46) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 104.

47) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 104.

abgeschlossener Verfahren nach seiner Auffassung solche Wertungslücken nicht enthält, kann die materielle Rechtskraft mit Hilfe des § 826 BGB nicht umgangen werden.^{48) 49)}

2.) Zeitliche Grenzen materieller Rechtskraft

a) Darstellung der herrschenden Ansicht

Gemäß § 322 Abs. 1 ZPO wird das Urteil insoweit rechtskräftig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist. Entschieden ist durch das Urteil aber nur über den Tatsachenstreit bis zur letzten mündlichen Verhandlung, da das Gericht den Sachverhalt nur bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigen kann. Deshalb bezieht sich auch die materielle Rechtskraft nur auf den Tatsachenstoff bis zur letzten mündlichen Verhandlung. Tatsachen, die bereits vorher vorlagen, können nur dann zu einem neuen Prozeß führen, wenn sie einen anderen Streitgegenstand betreffen. Ändert sich die Tatsachenlage hingegen nach der letzten mündlichen Verhandlung, so ist auch über den alten Streitgegenstand eine neue abweichende Entscheidung möglich. Allerdings ist hier nicht jede beliebige Änderung des Sachverhaltes ausreichend, da sonst

48) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 117, 118.

49) Auch die heute überwiegende Ansicht in der Literatur kommt zu diesem Ergebnis. Haupt Gesichtspunkt ist die Erwägung, daß das Gesetz mit der Wiederaufnahmeklage einen Weg zur Durchbrechung der Rechtskraft geschaffen habe. Da die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahmeklage aber eng begrenzt seien, bedeute die Anwendung des § 826 BGB letztlich nicht anderes als eine unzulässige Umgehung der Wiederaufnahmevorschrift. Vgl. aus der neueren Literatur Reinicke NJW 1952, 5; Jauernig ZZP 66, 398; Gaul, Wiederaufnahme S. 99; Baumbach-Hartmann vor § 322 Anm. 6 C und D; Thomas-Putzo § 322 Anm. 9 f, Rosenberg-Schwab § 163 II 2; Esser, Schuldrecht Band II 4. Aufl, § 107 III 2 b.

kaum ein Urteil Bestandskraft hätte; es müssen sich vielmehr nach herrschender Meinung gerade die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen geändert haben. Nach Klageabweisung ist eine Änderung der Tatsachenlage für die herrschende Meinung erheblich, wenn sie den tragenden Abweisungsgrund betrifft. Das Merkmal, das seinerzeit nicht vorlag und wegen dessen Fehlens die Klage abgewiesen wurde, muß nunmehr vorliegen. Nur dann kann es zu einer neuen abweichenden Entscheidung kommen. Bei einem der Klage stattgebenden Urteil verlangt die herrschende Meinung, daß eines der klagebegründenden Merkmale wegfällt, um die Rechtskraftbindung entfallen zu lassen.⁵⁰⁾

50) Rosenberg-Schwab § 156 I Fußnote 1 S. 878; Grunsky, Grundlagen § 47 V 1 b und c; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. X 4; eingehend Zeuner S. 33 ff. Im Falle der Klageabweisung ist diese Ansicht allerdings umstritten. A.A. J. Blomeyer NJW 1969, 588, der eine neue Klage bereits dann zulassen will, wenn irgendeine Voraussetzung für den geltend gemachten Anspruch nachträglich entstanden ist. A.A. auch Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß S. 128, der "das Rechtskrafthindernis dann als ausgeräumt ansieht, wenn nachträglich Änderungen in den vom Gericht bezweifelte Punkten eintreten, auf die eine Klageabweisung hätte gestützt werden können".

b) Modifizierungen Henckels

Im Unterschied dazu geht Henckel davon aus, daß es sowohl nach Klageabweisung als auch bei der Verurteilung Fälle gibt, bei denen die Rechtskraftbindung nicht durchgreift, obwohl die neuen Tatsachen nicht den tragenden Abweisungs- oder den tatsächlichen Verurteilungsgrund betreffen.

aa) Die Rechtslage nach Klageabweisung

Der herrschenden Meinung stimmt Henckel für den Fall zu, daß der Beklagte lediglich einen Klageabweisungsgrund vorgebracht hatte, auf den das Gericht das Urteil auch gestützt hat. Eine abweichende Entscheidung soll hier nur dann möglich sein, wenn der Kläger neue Tatsachen vorträgt, die diesen Abweisungsgrund betreffen.⁵¹⁾

Etwas anderes müsse aber gelten, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mehrere Abweisungsgründe vorgelegen hätten, aus denen sich das Gericht für sein Urteil einen Grund herausgegriffen habe. Im Unterschied zur herrschenden Meinung soll es in diesem Falle ausreichen, wenn sich die Änderung der Tatsachenlage auf einen der Gründe bezieht, ohne daß dieser dem Urteil zugrundeliegen muß. Sobald der Kläger neue Tatsachen vorträgt, die einen der möglichen Abweisungsgründe betreffen, soll er auch an den im Urteil festgestellten Abweisungsgrund nicht mehr gebunden sein.⁵²⁾

Als Beispiel führt Henckel den Fall an, daß der Beklagte einer eingeklagten Kaufpreisforderung gegenüber Nichtigkeitsergründe vorträgt und die Stundung behauptet, der

51) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 157.

52) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 155 ff.

Kläger aber beide Einwände unbestritten läßt, weil er einsieht, daß er die Stundungseinrede nicht mit Erfolg bestreiten kann und den Prozeß deshalb verloren gibt. In diesem Fall hat das Gericht unter den Abweisungsgründen die Wahl. Weist es die Klage ab und begründet das mit der Nichtigkeit des Vertrages, soll der Kläger nicht gehindert sein, auch wieder um die Gültigkeit des Vertrages zu streiten, wenn er nach Eintritt der vermeintlichen Fälligkeit erneut klagt.

Zur Begründung seiner Ansicht zieht Henckel den Zweck des § 322 Abs. 1 ZPO heran.⁵³⁾ Die dort angeordnete Beschränkung der Rechtskraft auf die Entscheidung über den Streitgegenstand führt er darauf zurück, daß nur insoweit die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung gewährleistet sei. Diese Richtigkeitsgewähr ist aber für ihn die Voraussetzung der materiellen Rechtskraft, so daß er auch den Umfang der durch die materielle Rechtskraft angeordneten Bindung davon abhängig macht, inwieweit die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung durch das abgelaufene Verfahren verbürgt ist.

Die Richtigkeitsgewähr sieht er als gegeben an, wenn die Parteien des Vorprozesses durch die Gestaltung des Verfahrens und insbesondere durch die Gefahr eines ungünstigen Urteiles sowie die Rechtskraft dieser Entscheidung veranlaßt waren, zur vollständigen Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen.

Für den Umfang der Rechtskraftbindung kommt es deshalb nach der Auffassung Henckels entscheidend darauf an, inwieweit die Parteien durch die Sanktionen der Prozeßordnung dazu angehalten werden, die für ihren Rechts-

53) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 155 f.

standpunkt erheblichen Tatsachen und Beweismittel vorzubringen: Wendet sich der Beklagte mit nur einem erheblichen Argument gegen den Anspruch des Klägers, macht er also in dem oben angeführten Beispiel, in dem eine Kaufpreisforderung eingeklagt ist, nur Gründe geltend, die zur Nichtigkeit des Vertrages führen, so hängt von diesem Einwand die Entscheidung des Streites ab. Der Kläger muß zu dieser Frage Stellung nehmen, wenn er im Prozeß nicht unterliegen will. Für das Urteil ist daher nach Henckels Ansicht die Gewähr der Richtigkeit gegeben. Hat der Kläger die Tatsachen, die zur Nichtigkeit des Vertrages führen, nicht bestritten, so wird er mit der Rechtsverfolgung der Entscheidung an der weiteren Verfolgung seines Rechtes gehindert; er kann sich nicht mehr auf die Gültigkeit des Vertrages berufen, es sei denn, er macht geltend, daß sich nach der letzten mündlichen Verhandlung die Tatsachenlage gerade in dieser Frage geändert habe. Hat der Beklagte dagegen sowohl Nichtigkeitsgründe vorgetragen als auch die Stundung der Forderung behauptet, so kann die Klage sowohl aus dem einen als auch aus dem anderen Grunde abgewiesen werden. Sobald nur einer der Gründe feststeht, ist die Klage abweisungsreif. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Kläger sich gegen den anderen Einwand des Beklagten zur Wehr setzt. Ohne zu dieser Frage noch Beweis zu erheben, muß das Gericht gemäß § 300 ZPO die Klage abweisen. Kann also in dem angeführten Beispiel der Kläger die Stundung nicht bestreiten, so ist für ihn der Prozeß verloren, die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrages spielt keine Rolle mehr. Unter diesen Umständen könne der Kläger aber nach Ansicht Henckels nicht mehr genötigt sein zur Frage der Nichtigkeit des Vertrages noch Stellung zu beziehen. Da seine Niederlage gewiß sei,

habe er keine Veranlassung mehr, den weiteren Einwand des Beklagten zu bestreiten. Schweige er demgemäß zu beiden Einwänden, so habe das Gericht, da beide erheblichen Entgegnungen unbestritten seien, die Wahl unter den Gründen der Abweisung. Weist das Gericht die Klage ab und begründet diese Entscheidung mit der Richtigkeit des Vertrages, so ist für Henckel die Richtigkeit dieser Feststellung nicht verbürgt, denn zu dieser Frage habe sich der Kläger ja nur deshalb nicht geäußert, weil es seine Rechtsposition im laufenden Prozeß nicht verbessert hätte, wenn er sich gegen dieses Argument zur Wehr gesetzt hätte. Deshalb müsse er, wenn nachträglich die Fälligkeit der Forderung eintrete, auch um die Gültigkeit des Vertrages wieder streiten können.

Wie in diesem Beispiel, so ist nach der Auffassung von Henckel in allen weiteren Fällen die Richtigkeit der Entscheidung nicht verbürgt, in denen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mehrere Klageabweisungsgründe unbestritten vorlagen und daher zur Abweisung in Betracht kamen, da es immer denkbar sei, daß der Kläger einen der Einwände als berechtigt anerkannt und nur deshalb die übrigen nicht bestritten habe. Damit ist er nach Auffassung Henckels zwar an das Urteil gebunden, solange er keine neuen Tatsachen vorbringt, da er nicht bestreiten könne, daß jedenfalls einer der Gründe vorgelegen habe. Mit neuen Tatsachen könne er aber die Urteilsfeststellung bereits dann anzweifeln, wenn diese nicht den tragenden, sondern nur einen der alternativ möglichen Gründe der Abweisung beträfen.⁵⁴⁾

54) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 155 ff.

bb) Die Rechtslage bei Verurteilung

Die gleiche Einschränkung macht Henckel für den Fall einer Verurteilung.⁵⁵⁾ Der herrschenden Meinung stimmt er zu, wenn nur ein Verurteilungsgrund vorlag, auf den das Urteil auch gestützt wurde. Eine Erneuerung des Rechtsstreites ist auch nach seiner Ansicht hier nur dann möglich, wenn nach dem neuen Tatsachenvortrag des Beklagten eines der klagebegründenden Merkmale wegfällt. Etwas anderes soll hingegen dann gelten, wenn im Vorprozeß verschiedene Verurteilungsgründe denkbar waren. Bei dieser Sachlage soll der Beklagte an die getroffene Entscheidung schon dann nicht mehr gebunden sein, wenn er neue und erhebliche Tatsachen zu einem der im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung alternativ möglichen Verurteilungsgründe vorträgt. Zur Begründung stützt sich Henckel wiederum darauf, daß die Richtigkeit der Urteilsfeststellung nicht verbürgt sei. Denn es sei möglich, daß der Beklagte den festgestellten Grund nur deshalb unbestritten gelassen habe, weil er eingesehen habe, daß er den Prozeß aus einem der anderen Gründe ohnehin verlieren würde.

c) Kritik

aa) Grunsky hat sich mit dieser Ansicht Henckels auseinandergesetzt.⁵⁶⁾ Bei seiner Kritik geht er von dem

55) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 163 ff.

56) Grunsky, Grundlagen § 47 V 1 c.

Fall der Klageabweisung aus und verweist auf die nach seiner Ansicht entsprechende Situation bei Verurteilung des Beklagten.

Wenn der Erfolg einer Klage aus mehreren Gründen fraglich sei, der Kläger schließlich aber doch obsiege, so bestehe kein Zweifel daran, daß der Beklagte mit der Rechtskraft an dieses Urteil gebunden sei und nicht etwa vortragen könne, er habe fest mit einer Abweisung der Klage aus dem Grunde a) gerechnet und sich deshalb um den Grund b) nicht mit voller Kraft gekümmert, aus diesem Grunde wolle er den Rechtsstreit nunmehr erneut führen. Wenn dies aber richtig sei, so müsse der unterlegene Kläger gleich behandelt werden, es müsse ihm verwehrt sein, die Klage mit der Begründung zu erneuern, er habe dem vom Gericht herangezogenen Abweisungsgrund nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt. Vom Ausgangspunkt der Lehre Henckels überzeugt diese Kritik Grunskys jedoch nicht. Denn bei alternativ vorgetragenen Klageabweisungsgründen hat der Kläger es nach Henckels Ansicht nicht an der nötigen Aufmerksamkeit fehlen lassen, wenn er die Einwände des Beklagten unbestritten ließ, nachdem er eingesehen hatte, daß er eines der Argumente nicht entkräften konnte. Diese Einsicht bedeutete nämlich die sichere Niederlage, Erörterungen zu den übrigen Einwänden konnten diese Situation nicht mehr verbessern. Aus diesem Grunde ist es nach Henckels Ansicht vom Kläger nicht mehr zu verlangen, daß er sich überhaupt noch äußerte. Sein Schweigen beinhaltet kein Fehlverhalten. In der von Grunsky angeführten "entsprechenden Situation" hat der Beklagte hingegen keine weiteren Ausführungen gemacht, weil er glaubte, daß schon das eine seiner Argumente ausreichen werde, ihm zum Siege zu führen.

Während bei der von Henckel gewählten Konstellation die Niederlage des Klägers sicher war und er sich deshalb verurteilen ließ, war es hier nur der Glaube an den Sieg, der den Beklagten veranlaßte, weitere Ausführungen zu unterlassen. Obsiegt er, so hat sich seine Ansicht als richtig erwiesen. Unterliegt er, so hat er die Rechtslage falsch eingeschätzt. Das muß aber zu seinen Lasten gehen, denn ihm ist nach Henckels Ansicht vorzuwerfen, daß er nachlässig gewesen ist und dem anderen Grunde nicht die notwendige Aufmerksamkeit geschenkt hat. Von ihm wäre zu erwarten gewesen, daß er alle seine Argumente vortrug, die er dem Vortrag des Klägers entgegenhalten konnte. Deshalb ist nach Henckels Ansicht in diesem Falle die Richtigkeit der Entscheidung verbürgt.

Entgegen der Ansicht Grunskys ist es nicht nur das Motiv der Nachlässigkeit, das diese Fälle unterscheidet. Nach Henckels Lehre ist vielmehr eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt, weil nur in dem von Grunsky herangezogenen Parallelfall die unterlegene Partei die notwendige Aufmerksamkeit nicht gewahrt hat.

bb) Als Folge der Ansicht Henckels befürchtet Grunsky außerdem erhebliche Prozeßverzögerungen.⁵⁷⁾ Bei den von Henckel vorgeschlagenen Einschränkungen des Rechtskraft - umfanges werde die Möglichkeit des Klägers, einen zu seinen Lasten rechtskräftig abgeschlossenen Streit erneut aufzurollen, für die Fälle erleichtert, wo der Beklagte mehrere Einwände nebeneinander gegen den Anspruch des

57) Grunsky, Grundlagen § 47 V 1 c.

Klägers vorgetragen habe. Grunsky meint nun, daß die beklagte Partei durch die Ansicht Henckels dazu verleitet werde, den Anspruch des Klägers zunächst nur an einer Stelle anzugreifen, um so das Urteil möglichst bestandsfest zu machen. Erst wenn sich im Laufe des Verfahrens zeige, daß das vorgetragene Argument nicht zum Erfolge führen könne, werde sich der Beklagte "aus der Reserve locken lassen" und weitere Argumente vorbringen, die das Verfahren zu seinen Gunsten gestalten könnten. Erhebliche Verzögerungen und damit eine allgemeine Verlängerung der Verfahrensdauer seien die notwendige Konsequenz.

Gegen diese Bedenken Grunskys spricht zunächst die praktische Handhabung. Denn es ist kaum anzunehmen, daß auch nur eine Partei ihre Rechtsverteidigung bewußt beschränkt, nur um die Möglichkeit zu haben, das Verfahren trotz rechtskräftiger Verurteilung erneut aufzugreifen. Die Praxis zeigt vielmehr, daß der Beklagte sich grundsätzlich mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln gegen die Klage wendet, um in dem anhängigen Verfahren nicht zu unterliegen.

Im übrigen wird Henckel Grunsky mit Recht auf § 296 ZPO hinweisen, da der Beklagte, der den von Grunsky befürchteten Weg einschlägt, Gefahr läuft, mit seiner weiteren Verteidigung ausgeschlossen zu werden. Unter der Geltung des § 279 ZPO a.F. konnte Grunsky noch entgegenen, daß ein Ausschluß des weiteren Vorbringens deshalb nicht zulässig sei, weil der Beklagte weder absichtliche Prozeßverschleppung betreibe noch grob nachlässig handle, sondern sich eines sachgerechten Mittels zur Sicherung der materiellen Rechtskraft bediene. Nach Änderung der Zivilprozeßordnung ist dieses Argument jedoch nicht mehr tragfähig, da der Beklagte im Falle des § 296 Abs. 1 ZPO

mit jedem weiteren Vorbringen ausgeschlossen wird, das er nach Ablauf der ihm gesetzten Frist noch vortragen will, wenn er nicht die Verspätung entschuldigen kann oder aber durch die Verspätung keine Verzögerung eintritt. Beide Ausnahmen treffen aber auf das Beispiel Grunskys nicht zu.

cc) Auf ökonomische Gesichtspunkte stützt auch Bötticher seine Ablehnung der Ansicht Henckels⁵⁸⁾: Wie Henckel selbst einräume, lasse sich die Rechtskraftwirkung seiner Lehre nicht allein aus dem Urteilstenor und den tragenden Urteilsgründen gewinnen, vielmehr sei der Richter des Folgeprozesses gehalten, auch den Streitstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen, wenn es um die zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft gehe, und müsse nachprüfen, ob zu diesem Zeitpunkt noch andere Klageabweisungs- und Verurteilungsgründe vorhanden gewesen seien.

Mit Recht hält Bötticher das für eine rechtskraftfremde Zumutung, die mit den Grundsätzen sachgerechter Prozeßökonomie nicht zu vereinbaren sei.

Nach Henckels Ansicht ist dieses Argument allerdings kein tragfähiger Gedanke gegen seine Lehre, da Gesichtspunkte prozessualer Zweckmäßigkeit nicht geeignet seien, eine an den materiellrechtlichen Wertungen ausgerichtete Auslegung prozessualer Normen zu beeinflussen.⁵⁹⁾

Zweifelhaft ist an dieser Argumentation allerdings, ob die Orientierung an den materiellrechtlichen Wertungen dazu führen darf, die Gesichtspunkte prozessualer Ökonomie außer Betracht zu lassen oder ob nicht vielmehr im Rahmen

58) Bötticher ZZP 85, 17/18.

59) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 232.

der durch die materiellen Wertungen abgesteckten Interessenlage auch die Berücksichtigung prozessualer Zweckmäßigkeit zur Entscheidung streitiger Fragen herangezogen werden muß.

dd) Diese Frage kann aber offen bleiben, denn die Ansicht Henckels ist noch aus einem anderen Grunde abzulehnen, auf den auch Arens hinweist.⁶⁰⁾

Zur Begründung der Beschränkung des Rechtskraftumfanges knüpft Henckel daran an, daß bei alternativ möglichen Klageabweisungs- oder Verurteilungsgründen die Richtigkeit der getroffenen Feststellung nicht gewährleistet sei. Denn wenn der Gegner zur Stützung oder Verteidigung seines Rechtes mehrere Gründe vortrage und die Partei einen der Gründe als berechtigt anerkenne, sei sie nicht gehalten, den Vortrag ihres Gegners im übrigen noch zu bestreiten. Da ihre Niederlage unter diesen Umständen feststehe, könne sie durch die Sanktion eines ungünstigen Urteiles und die Rechtskraft dieser Entscheidung nicht mehr zu weiterer Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Gegners veranlaßt sein. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, daß es im Prozeß keine Niederlage schlechthin gibt, sondern nur den Prozeßverlust aus dem einen oder anderen Grund. Bestreitet der Beklagte die Wirksamkeit des Vortrages und die Fälligkeit des daraus fließenden Anspruches und sieht der Kläger, daß sein Anspruch noch nicht fällig ist, so ist der Prozeß zwar verloren. Mit seinem weiteren Vorbringen kann der Kläger aber erreichen, daß die Klage auch aus dem Grunde abgewiesen wird, den er als berechtigt anerkennt. Diese Einlassung des Klägers

60) Arens AcP 173, 262/264.

führt dann weiter zu der Festlegung des Rechtskraftumfanges. Denn eine Erneuerung des Prozesses ist jetzt, wo der Kläger nur einen der Gründe unbestritten gelassen hat, unzweifelhaft nur möglich, wenn er neue Tatsachen zum tatsächlichen Abweisungsgrund vorbringt. Ist der Vortrag des Klägers aber für die Festlegung des Rechtskraftumfanges von Bedeutung, so muß von ihm erwartet werden, daß er sich dem gegnerischen Vorbringen widersetzt, soweit er es nicht als berechtigt anerkennen will. Deshalb ist die Richtigkeit der Entscheidung auch dann verbürgt, wenn die Partei mehrere Abweisungs- oder Verurteilungsgründe unbestritten gelassen und das Gericht seine Entscheidung nur auf einen dieser Gründe gestützt hat.

Derjenige, der alternativ mögliche Klageabweisungs- oder Verurteilungsgründe nicht bestreitet, kann nicht besser stehen, als derjenige, der nur einen dieser Gründe unbestritten läßt.

3.) Der wirtschaftliche Wert des Streitverhältnisses als Grenze materieller Rechtskraft

a) Der objektive Umfang der materiellen Rechtskraft

§ 322 ZPO bestimmt, daß Urteile der Rechtskraft insoweit fähig sind, als durch sie über den erhobenen Anspruch entschieden ist. Nach herrschender Meinung wird damit die Rechtskraftwirkung einer Entscheidung für drei Fallgestaltungen festgelegt, und zwar für die Identität des Streitgegenstandes, die Präjudizialität und das kontradiktorische Gegenteil.

Identität der Streitgegenstände liegt vor, wenn die im Vorprozeß entschiedene Rechtsfolge unverändert erneut zur Entscheidung gestellt wird. Präjudizialität erfaßt die

Sachverhalte, in denen die im Vorprozeß festgestellte oder verneinte Rechtsfolge Teil des Tatbestandes ist, aus dem die im zweiten Verfahren umstrittene Rechtsfolge abgeleitet wird. Das kontradiktorische Gegenteil ist im Streit, wenn die im zweiten Prozeß geltend gemachte Rechtsfolge die im ersten Verfahren festgestellte Rechtsfolge negiert.

Diese Festlegung des Rechtskraftumfanges hat Zeuner angegriffen.⁶¹⁾ Seit seinen Ausführungen herrscht Streit darüber, ob die Rechtskraftbindung auf diese Fälle der Identität des Streitgegenstandes, der Präjudizialität und des kontradiktorischen Gegenteils zu beschränken ist.⁶²⁾ Zeuner hält der herrschenden Meinung entgegen, daß durch ihre Bestimmung des Rechtskraftumfanges die Rechtskraftwirkungen allgemein von formalen Verknüpfungen zwischen entschiedener und zu entscheidender Folge abhängig seien, während die materiellrechtlichen Sachzusammenhänge außer Betracht blieben. Damit sei die materielle Rechtskraft allein von zufälligen Verbindungen zwischen verschiedenen Rechtsfolgen abhängig, ohne daß die

61) Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge S. 1 ff.

62) Blomeyer, Prozeßrecht § 98 V 4; Martens ZZP 79, 441; Grunsky, Grundlagen § 57 IV 2; Bruns, Zivilprozeßrecht § 44 I haben Zeuner zugestimmt. Brox JuS 1962, 123; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. IV 3; Schwab JZ 1959 786/787; Peters ZZP 76, 243; Lent ZZP 73, 316 lehnen Zeuners Lehre ab.

Sachzusammenhänge des materiellen Rechtes Beachtung fänden.⁶³⁾ Gerade in der inhaltlichen Beziehung zwischen der festgestellten und der anderen Rechtsfolge sieht Zeuner jedoch die eigentliche Aufgabe der materiellen Rechtskraft. Die materielle Rechtskraft werde bejaht, um eine bestimmte vom objektiven Recht her gegebene Sinnbeziehung zwischen der festgestellten und der im neuen Prozeß in Aussicht genommenen Rechtsfolge zu wahren.⁶⁴⁾

Zeuner kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß die Rechtskraft der Entscheidung über eine bestimmte Rechtsfolge im Streit über eine andere Rechtsfolge ihre Wirkungen entfalte, wenn zwischen beiden ein teleologischer Sinnzusammenhang bestehe. Dieser Zusammenhang aber soll überall dort bestehen, wo die zweite Rechtsfolge zu der Ordnung gehört, die von der ersten rechtskräftig festgestellten Rechtsfolge intendiert ist.⁶⁵⁾

Ebenso wie Zeuner vertritt auch Henckel die Ansicht, daß die materielle Rechtskraft nicht auf die Fälle von Identität des Streitgegenstandes, Präjudizialität und kontradiktorischem Gegenteil beschränkt sei.⁶⁶⁾ Über diese Fallgestaltungen der herrschenden Meinung hinaus kommt für ihn eine Rechtskraftbindung vielmehr schon immer dann in Betracht, wenn die Parteien des Vorprozesses um

63) Zeuner S. 14, 15, 27 ff.

64) Zeuner S. 44.

65) Zeuner S. 54 ff und öfter.

66) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 171.

den gleichen Anspruchsgrund streiten, ohne daß die Klageanträge identisch sein müssen, oder wenn im zweiten Prozeß um eine Vorfrage gestritten wird, deren Anspruchsgrund zwischen denselben Parteien im Vorprozeß festgestellt oder verneint wurde. Damit dehnt auch Henckel die Rechtskraftbindung auf materiell-rechtliche Sachzusammenhänge aus.

Voraussetzung für die Bindung an die ergangene Entscheidung soll allerdings sein, daß der wirtschaftliche Wert, der in dem Nachfolgeprozeß auf dem Spiele steht, mit dem wirtschaftlichen Wert des vorausgegangenen Verfahrens identisch ist oder aber die höhere wirtschaftliche Belastung des Folgeprozesses bereits im Vorprozeß absehbar war.⁶⁷⁾ Der wirtschaftliche Wert, über den das Gericht zu entscheiden hat, hat demnach Regulativfunktionen und begrenzt die Rechtskraftbindung des Urteils. Die Begründung dieser Einschränkung hängt mit Henckels Verständnis der materiellen Rechtskraft zusammen. Nach seiner Auffassung werden die Prozeßparteien durch die Gefahr eines ungünstigen Urteils und die Rechtskraft dieser Entscheidung angehalten, alle für ihren Standpunkt wesentlichen Tatsachen und Beweismittel in den Prozeß einzuführen. Wer diese Verantwortung nicht wahrnehme, werde durch die materielle Rechtskraft an der weiteren Ausübung seines Rechtes gehindert. Praktisch sei sein Recht damit verloren, so daß Henckel der Rechtskraft verfügungsähnliche Wirkungen beimißt. Den Grund für diesen Rechtsverlust sieht er dabei in der durch die eigene Nachlässigkeit eingetretenen Verwirkung der Rechtsausübung. Verfügungs- und Verwirkungsobjekte werden nach

67) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 171/172.

seiner Ansicht aber immer durch einen ganz bestimmten Wert individualisiert, in dessen Höhe nur für den Berechtigten Nachteile eintreten könnten. Das sei in materiellem Recht so und dürfe im Prozeß nicht anders sein, da der Rechtsstreit nur die außerprozessuale Rechtsausübung fortsetze und auch hier um einen ganz bestimmten Wert gestritten werde, der die Intensität bestimme, mit der die Parteien um ihr Recht stritten. Deshalb könne durch die materielle Rechtskraft die Rechtsausübung nur dann beschränkt werden, wenn der wirtschaftliche Wert des Folgeprozesses mit dem des ersten Verfahrens identisch sei oder die höhere wirtschaftliche Belastung des Folgeprozesses bereits im Vorprozeß erkennbar gewesen sei.⁶⁸⁾

b) Stellungnahme

Henckel und Zeuner stimmen insoweit überein, als beide dem materiellen Recht die entscheidende Stellung beimessen und die Rechtskraftbindung von materiellrechtlichen Zusammenhängen abhängig machen.⁶⁹⁾ Dabei genügt Henckel dieser Zusammenhang allerdings noch nicht, um die Rechtskraftbindung anzuerkennen, er verlangt darüber hinaus vielmehr noch die Identität der wirtschaftlichen Werte, die in beiden Streitigkeiten auf dem Spiele stehen.

68) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 172/173.

69) Auf die grundsätzliche Übereinstimmung der beiden Ansichten weist auch Grunsky, Grundlagen § 47 IV 2 Note 150 hin.

An dieser Identität der wirtschaftlichen Werte fehlt es nach Henckels Ansicht etwa dort, wo der Kläger zunächst nur rückständige Darlehenszinsen geltend gemacht hatte und nach Abweisung seiner Klage, in der nur um die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Darlehensvertrages gestritten wurde, eine neue Klage erhebt, mit der er nunmehr die Darlehensforderung selbst zum Gegenstand des Streites macht. Obwohl hier um denselben Anspruchsgrund gestritten wird und der materiellrechtliche Zusammenhang besteht, lehnt Henckel die Rechtskraftbindung ab, weil im Folgeprozeß ein anderer wirtschaftlicher Wert im Streit ist.⁷⁰⁾

Zeuner kommt zwar zu demselben Ergebnis⁷¹⁾, seine Begründung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Denn der teleologische Sinnzusammenhang ist in diesem Falle, wo die Darlehenszinsen auf Grund der Unwirksamkeit des Vertrages nicht zugesprochen wurden und der Kläger in einem neuen Prozeß die Wirksamkeit des Vertrages zur Entscheidung stellt, nur schwerlich zu leugnen. Für diesen Beispielsfall gibt daher die Lehre Henckels die bessere dogmatische Begründung.

Als wesentliches Bedenken gegen die Lehre Zeuners ist in der Literatur angeführt worden, daß die Begriffe des rechtlichen Sinnzusammenhangs und der intendierten Ordnung zu unbestimmt seien, um eine berechenbare Anwendung zu gestatten und die notwendige Überschaubarkeit zu gewährleisten.⁷²⁾

70) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 175, 176.

71) Zeuner S. 54.

72) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. IX 3.

Dieses Bedenken ist auch Henckel entgegenzuhalten.⁷³⁾ Wenngleich das Erfordernis einer Identität der wirtschaftlichen Werte, die neben der Übereinstimmung der Anspruchsgründe Voraussetzung der Rechtskraftbindung sein soll, eine Präzisierung der Rechtskraftabgrenzung gegenüber der Lehre Zeuners bedeutet, wie an dem obigen Beispiel verdeutlicht werden konnte, so bleibt auch Henckels Festlegung der Rechtskraftbindung noch zu unbestimmt und zu wenig überschaubar, um die notwendige Vorhersehbarkeit der materiellen Rechtskraft zu gewährleisten. Denn ob im Einzelfall die Anspruchsgründe und die wirtschaftlichen Werte zweier Verfahren übereinstimmen und wo die Grenze dieser Identität verläuft, ist einer klaren und eindeutigen Antwort nicht zugänglich, sondern von der Wertung des jeweiligen Richters und damit von erheblichen Imponderabilien abhängig.

Das entscheidende Bedenken gegen die Lehre Henckels und Zeuners ist jedoch, daß sie mit der gesetzlichen Regelung nicht übereinstimmt. § 322 ZPO bestimmt, daß Urteile der Rechtskraft nur i n s o w e i t fähig sind, als über den durch Klage und Widerklage erhobenen A n s p r u c h entschieden ist. Damit ist ausgesprochen, daß die Rechtskraft nur soweit reichen soll, als die Parteien den Streit zur Entscheidung des Gerichtes gestellt haben. Nur der Ausspruch des Gerichtes, mit dem über die geltend gemachten Ansprüche entschieden wird, erwächst in Rechtskraft, nicht auch Präjudizialpunkte oder Urteilsgründe.

73) Darauf weisen auch Böttlicher ZZP 85, 17 und Arens AcP 173, 264 hin.

Verdeutlicht wird dies durch einen Blick in die Motive des Gesetzes.⁷⁴⁾ Die Gesetzesverfasser haben seinerzeit drei Auffassungen über den Umfang der materiellen Rechtskraft diskutiert. Das war zum einen die Auffassung Savignys⁷⁵⁾, der die Ansicht vertrat, daß die in den Entscheidungsgründen enthaltenen Urteilselemente in Rechtskraft erwachsen würden, so daß etwa der bereits angesprochene Prozeß um die Darlehenszinsen für einen nachfolgenden Prozeß um die Hauptforderung immer dann eine Rechtskraftbindung begründen würde, wenn das Urteil über die Zinsen Ausführungen über die Wirksamkeit des Vertrages enthält.

Daneben stand die Lehre von Windscheid, der die Rechtskraft noch weiter auf die Entscheidung über Tatsachen ausdehnen wollte.⁷⁶⁾

Dagegen lehrte Unger, daß das Urteil nur über den Klageanspruch und nicht über die Präjudizialpunkte oder die Klagetatsachen einen Ausspruch erhalte und daher auch nur insoweit der Rechtskraft zugänglich sei.⁷⁷⁾

Die Abgeordneten stritten nun, welcher dieser Lehren der Vorzug zu geben sei und führten dabei eine Reihe von Beispielen an, in denen die mißlichen Ergebnisse aufgezeigt werden sollten, die bei einer Bindung an die Gründe der Entscheidung eintreten könnten.⁷⁸⁾ Auf dieser

74) Hahn-Stegemann S. 290 ff.

75) Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Band 6 S. 350 f, 429 ff, 451 f.

76) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes Band I S. 396.

77) Unger S. 615 f.

78) Hahn-Stegemann S. 608 f.

Grundlage kam die Mehrheit der Abgeordneten schließlich zu dem Ergebnis, daß "das Urteil nicht weitergehen darf, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und nicht Folgen erzeugen darf, deren sich die Parteien im Laufe des Prozesses nicht bewußt waren." ⁷⁹⁾ Dieser Gedanke aber hat in der Festlegung des Gesetzes seinen Niederschlag gefunden, wenn es dort heißt, daß die Rechtskraft nur insoweit eingreift, als über den erhobenen Anspruch entschieden ist. Der Gesetzesgeber hat damit die materielle Rechtskraft auf die Schlußentscheidung beschränkt und es bewußt in Kauf genommen, daß materielle Sachzusammenhänge durchbrochen werden und trotz des Sachzusammenhanges eine Rechtskraftbindung nicht gegeben ist. Durch die Möglichkeit einer Zwischenfeststellungsklage hat er es den Parteien überlassen, die Bindung an die materiellen Sachzusammenhänge auch für den Nachfolgeprozeß zu wahren. Deshalb schließt z.B. entgegen der Ansicht Henckels ⁸⁰⁾ die Rechtskraft eines Urteiles auf Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag den Streit um die Gültigkeit des Vertrages im neuen Prozeß um die Gegenleistung nicht aus, wenn diese nicht durch Zwischenfeststellungsklage festgestellt ist. Die Ansicht Henckels, die eine Rechtskraftbindung über den Ausspruch des Urteiles anerkennt und die Rechtskraftbindung auf materiellrechtliche Sachzusammenhänge bei der Identität des wirtschaftlichen Wertes ausdehnen will, ist abzulehnen. ⁸¹⁾

79) Hahn-Stegemann S. 291.

80) Henckel, rozeßrecht und materielles Recht S. 198.

81) Gegen die Ansicht Zeuners ebenso Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 Anm. IX 3; Brox JuS 1962, 123.

V. Der Gedanke der Verwirkung im System der Zivilprozeßordnung

Grundlage der materiellen Rechtskraft ist nach Henckels Auffassung der Gedanke der Verwirkung. Die Überprüfung dieser Lehre muß dort ansetzen, wo gesetzliche Vorschriften den Rechtskraftumfang regeln. Die gesetzlichen Vorschriften, die den Rechtskraftumfang festlegen, müssen mit dem Gedanken der Verwirkung in Einklang zu bringen sein, wenn die materielle Rechtskraft auf diesen Gedanken zurückzuführen sein soll. Nur wenn sich der Verwirkungsgedanke im System der Normen bewährt, die materielle Rechtskraft bestimmen, kann die Rechtskraft auch auf diesen Gedanken gegründet werden.

1.) Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Verwirkung der Rechtsausübung

Die materielle Rechtskraft trifft gemäß § 325 ZPO grundsätzlich nur die Parteien des Prozesses.⁸²⁾ Prozeßparteien sind die Personen, von und gegen die in eigenem

82) § 325 Abs. 1 ZPO spricht zwar nicht ausdrücklich davon, daß die Rechtskraft nur unter den Parteien des Prozesses gilt, doch wird dies vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt. Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 171; Baumbach-Hartmann § 325 Anm. 1.

Namen Rechtsschutz begehrt wird. Es gilt der sog. formelle Parteibegriff.⁸³⁾ Die Beschränkung der materiellen Rechtskraft auf die Prozeßparteien ergibt sich nach Henckels Ansicht zwanglos daraus, daß regelmäßig nur die Parteien am Prozeß teilnehmen und daher auch nur sie durch ihr Verhalten im Prozeß die Möglichkeit weiterer Rechtsausübung verlieren können.

Neben der Bindung der Prozeßparteien ordnen Zivilprozeßordnung und Bürgerliches Gesetzbuch an, daß unter bestimmten Voraussetzungen außer den Parteien auch dritte Personen an die gefällte Entscheidung gebunden werden. Das sind die Fälle der Rechtskrafterstreckung. Diese Rechtskrafterstreckung auf dritte Personen läßt sich nur dann auf eine Verwirkung der Rechtsausübung zurückführen und steht daher nur dann mit der Lehre Henckels in Einklang, wenn der Grund für die Bindung darin liegt, daß sich der Dritte das Verhalten der Partei, die das Urteil betrifft, wie eigenes zurechnen lassen muß.

83) Vgl. nur Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 II 1; Rosenberg-Schwab § 40 I 1 und § 157 I; Baumbach-Hartmann § 325 Anm. 2 A a; Schulze-Bentrop S. 51; Wieczorek § 325 Anm. B; Sinaniotis ZZP 79, 79 f; RGZ 148, 166; BGH LM § 325 Nr. 4. Andere Meinung Henckel, der für die Rechtskraftbindung auf den materiellen Parteibegriff abstellt: Henckel ZZP 70, 457, 463; ders., Parteilehre und Streitgegenstand S. 139. Zustimmend Grunsky, Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 172 f. Diese Ansicht Henckels hängt nicht zusammen mit seinem Verständnis der Rechtskraft als Verwirkung der Rechtsausübung, so daß an dieser Stelle davon abzusehen ist, auf den Streit näher einzugehen.

Denn dann treffen ihn die Nachlässigkeiten des Prozeßführers wie eigene, so daß auch ihm eine Verwirkung der weiteren Rechtsausübung entgegenzuhalten ist.

Zu untersuchen ist deshalb die Frage, ob die Rechtskrafterstreckung zu Lasten Dritter darauf zurückgeführt werden kann, daß dem Dritten das prozessuale Verhalten der unterlegenen Prozeßpartei zuzurechnen ist.

a) Die materielle Abhängigkeit als Grundlage einer Rechtskrafterstreckung

Die Verwirkung hindert die weitere Ausübung des Rechtes, das verwirkte Recht geht zwar nicht unter, kann aber vom Berechtigten nicht mehr verfolgt werden. Faktisch hat der Berechtigte sein Recht damit verloren, seine Position ist nicht anders, wie wenn er auf das Recht verzichtet hätte. Da der Verzicht eine Verfügung über das Recht beinhaltet, kommen der Verwirkung danach verfügungsähnliche Wirkungen zu. Nach Henckels Lehre gilt das in gleicher Weise für die Prozeßführung, die zu einem der materiellen Rechtslage widersprechenden Ergebnis geführt hat. Wird der Partei infolge nachlässiger Prozeßführung ein an sich bestehendes Recht abgesprochen, so wird sie durch die Rechtskraft des Urteils gehindert, sich weiter auf dieses Recht zu berufen. Die Rechtskraft bindet sie an die getroffene Entscheidung und schließt sie von der weiteren Ausübung ihres Rechtes aus. Praktisch ist daher auch hier das Recht für die unterlegene Partei verloren, wie wenn sie darauf verzichtet hätte, so daß die Prozeßführung in

ihren Wirkungen ebenfalls einer Verfügung gleichkommt.⁸⁴⁾ Daraus ist zu schließen, daß ein Dritter die Prozeßführung dann gegen sich gelten lassen muß, wenn der Prozeßführer zu seinen Lasten über den Gegenstand des Streites verfügen und auf ihn verzichten kann. Ist der Dritte an diese materiellrechtlichen Verfügungen der prozeßführenden Partei gebunden, so muß er sich auch ihre Prozeßführung zurechnen lassen und ist deshalb mit der weiteren Ausübung des Rechtes ausgeschlossen.

Die Rechtskrafterstreckung ist demnach dann mit dem Gedanken der Verwirkung in Einklang zu bringen, wenn sie darauf beruht, daß der Prozeßführer mit Wirkung gegen den Dritten über den Gegenstand des Streites verfügen kann.

aa) Der abhängige Rechtserwerb

(1) § 325 ZPO bestimmt, daß das Urteil auch gegen den Rechtsnachfolger der Prozeßparteien Rechtskraft wirkt.

Der Rechtsnachfolger rückt in die Rechtsstellung seines Vorgängers ein und muß daher regelmäßig auch dessen Verfügungen gegen sich gelten lassen. In gleicher Weise treffen ihn deshalb nach dem zuvor Gesagten die Nachlässigkeiten und Unterlassungen der Prozeßführung. Erfolgt die Rechtsnachfolge nach der mündlichen Verhandlung, so erwirbt er den streitbefangenen Gegenstand

84) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand S. 42, 107, 156; ders., Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 37, 46. Ebenso auch Bettermann S. 87; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 210; Festl S. 36, 37.

gleichsam belastet mit der Prozeßführung seines Vorgängers und ist damit an das Ergebnis des Rechtsstreites gebunden.⁸⁵⁾

Das gilt allerdings nur für den Fall des abhängigen Rechtserwerbes, der Rechtsübertragung, nicht jedoch für den originären Rechtserwerb. Denn die Rechtsstellung des originären Erwerbers ist unabhängig von der des Rechtsvorgängers, Verfügungen des Rechtsvorgängers treffen den originären Erwerber nicht, so daß ihm auch die Prozeßführung nicht zuzurechnen ist. Das aber bedeutet, daß der Begriff der Rechtsnachfolge in § 325 ZPO auch nur den abhängigen Rechtserwerb erfassen kann, wenn man den Grund der Rechtskrafterstreckung in der Abhängigkeit des Rechtserwerbes sehen will.⁸⁶⁾

85) Henckel sieht den Grund für die Rechtskrafterstreckung nach der letzten mündlichen Verhandlung in der materiellen Abhängigkeit der Rechtsstellungen. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 344; ders., Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 13. Ebenso Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 125 ff, insbesondere S. 128 und 162 f; Henke S. 109.

86) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand S. 160 ff; ders., Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 16. Ebenso Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 93 ff.

Diese Auslegung steht im Gegensatz zur herrschenden Meinung, die den Begriff der Rechtsnachfolge prozessual versteht und darunter auch den originären Rechtserwerb einordnet.⁸⁷⁾

Zur Begründung für diese herrschende Meinung verweist Grunsky auf § 325 Abs. 2 ZPO.⁸⁸⁾ Danach finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Damit ist festgelegt, daß die Rechtskraft zu Lasten eines gutgläubigen Erwerbers des streitbefangenen Gegenstandes keine Bindung entfaltet. Aus dieser Festlegung wird nun allgemein der Schluß gezogen, daß sich der Erwerber auf ein dem Veräußerer günstiges Urteil dagegen auch dann berufen könne, wenn er den Gegenstand gutgläubig erworben habe, so daß also die Rechtskraftbindung für den gutgläubigen Erwerber eingreifen soll.⁸⁹⁾

87) Bettermann S. 69; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. III 1, insbesondere Fußnote 35; Baumbach-Hartmann § 325 Anm. 2 B; Thomas-Putzo § 325 Anm. 1 unter Bezugnahme auf § 265 Anm. 3; Hofmann S. 55; Grunsky, Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 39.

88) Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 40 ff.

89) Vgl. dazu Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 92 III 2; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. IV 1; Baumbach-Hartmann § 325 Anm. 3; Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 40; Rosenberg-Schwab § 157 III 2 a; Schulze-Bentrop S. 58.

Da aber der gutgläubige Erwerb materiellrechtlich keine Rechtsnachfolge, sondern nach herrschender Meinung originärer Rechtserwerb ist⁹⁰⁾, legt § 325 Abs. 2 ZPO nach Grunskys Ansicht den Schluß nahe, der Begriff der Rechtsnachfolge in § 325 ZPO erfasse auch den originären Rechtserwerb.

Diese Folgerung ist jedoch nicht zwingend.

Wenn § 325 Abs. 2 ZPO bestimmt, daß das rechtskräftige Urteil nicht gegen den gutgläubigen Erwerber wirkt, so zwingt dies nicht zu der Annahme, daß es jedenfalls aber f ü r den gutgläubigen Erwerber wirken müsse. Diese Argumentation geht davon aus, daß der gutgläubige Erwerber ohne den Schutz des § 325 Abs. 2 ZPO von der Rechtskraft-erstreckung des § 325 Abs. 1 ZPO erfaßt würde.

§ 325 Abs. 2 ZPO hat danach eine Einschränkung der Rechtskrafterstreckung des § 325 Abs. 1 ZPO zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers zum Inhalt. Folge davon ist, daß der Gutgläubige sich auf ein ihm günstiges Urteil immer berufen kann, während er vor der Rechtskraftbindung des ungünstigen Urteiles geschützt wird.

90) Enneccerus-Nipperdey § 139 I 1; Wolff-Raiser § 69 Note 28; Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 41; Lehmann-Hübner § 21 II; Rothoefl AcP 163, 229, Note 56.
A.A. Lent-Schwab, Sachenrecht § 30 VIII, der derivativen Erwerb annimmt, weil das Recht nicht neu entstehe, sondern durch einen Übertragungsakt der Nichtberechtigten vom bisherigen Eigentümer auf den Gutgläubigen übergehe.

In gleicher Weise kann man § 325 Abs. 2 ZPO aber auch nur klarstellende Funktion beimessen. Durch die Regelung würde danach nur bestätigt, daß der gutgläubige Erwerber sein Recht ebenso wie im materiellen Zivilrecht unabhängig von der Rechtsstellung seines Vorgängers erwirbt und deshalb auch nicht an dessen Prozeßführung gebunden sein kann. Bei dieser Auslegung läßt § 325 Abs. 2 ZPO dann nicht mehr den Schluß zu, daß sich der Gutgläubige auf ein ihm günstiges Urteil jedenfalls berufen könne.

Wie § 325 Abs. 2 ZPO ausgelegt wird, hängt davon ab, ob unter § 325 Abs. 1 ZPO auch der originäre Erwerb oder nur der abhängige Erwerb eingeordnet wird, § 325 Abs. 2 ZPO kann deshalb für die Auslegung des § 325 Abs. 1 ZPO keinen sicheren Anhaltspunkt geben.

Selbst wenn man aber der herrschenden Meinung folgt und anerkennt, daß die Rechtskraftbindung des Urteils zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eintritt, ist damit entgegen der Ansicht Grunskys noch keine verbindliche Aussage über den Begriff der Rechtsnachfolge getroffen. Denn die Beschränkung der Rechtskrafterstreckung auf das Urteil z u g u n s t e n des gutgläubigen Erwerbers macht deutlich, daß die Interessensituation bei einer Rechtskrafterstreckung zugunsten und zulasten eines Dritten unterschiedlich ist und verschiedene Ergebnisse begründen kann. Deshalb kann auch von der Rechtskrafterstreckung zugunsten des gutgläubigen Erwerbers nicht auf die Rechtskrafterstreckung zulasten anderer originärer Erwerber geschlossen werden.

Für die herrschende Meinung könnte ferner § 325 Abs. 3 Satz 2 ZPO sprechen. Danach hat ein Urteil gegen den Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstückes nur dann Rechtskraftwirkungen, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist. § 325 Abs. 3 Satz 2 ZPO setzt damit voraus, daß im Falle einer Zwangsversteigerung das Urteil zulasten des Versteigerungsschuldners auch gegen den Ersteher Rechtskraft wirken kann. Die Zwangsversteigerung ist jedoch nach heute herrschender und zutreffender Ansicht ein Fall des originären Rechtserwerbes.⁹¹⁾

Gleichwohl spricht § 325 Abs. 3 Satz 2 ZPO nicht gegen die Ansicht, die unter den Begriff der Rechtsnachfolge nur den materiell abhängigen Rechtserwerb erfaßt. Denn die Rechtskrafterstreckung, die in § 325 Abs. 3 Satz 2 ZPO geregelt ist, betrifft nur die eingetragenen Grundpfandrechte gemäß § 325 Abs. 3 Satz 1 ZPO, die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben. Insoweit besteht aber trotz des originären Rechtserwerbes eine materiell-rechtliche Abhängigkeit, da der Erwerber die Belastungen übernimmt und sie damit vom Versteigerungsschuldner auf ihn übergehen.⁹²⁾

91) Dassler/Schiffhauer § 90 Anm. 1; Zeller § 90 Rdn. 7; Schönke-Baur § 31 IV 3; Steiner-Riedel § 90 Rdn. 2; RGZ 124, 200; 129, 159; OLG Karlsruhe MDR 1954, 112; OLG Düsseldorf NJW 1955, 188.

92) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand S. 162; ders., Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 10, 18; ähnlich insoweit auch Bruns § 32 Note 4; Festl S. 45, 47.

Schließlich verweist die herrschende Meinung noch auf den Zweck der Gesetzesvorschrift, der verhüten solle, daß eine bereits entschiedene Rechtsfolge erneut entscheidungsbedürftig werde, wenn das neue Rechtssubjekt dieselbe Rechtsposition wie der frühere Rechtsträger innehatte. Das Interesse der siegreichen Partei verlange bei originärem und abgeleitetem Rechtserwerb in gleicher Weise, daß die Früchte des Sieges erhalten blieben und gebiete deshalb auch beim originären Rechtserwerb die Rechtskrafterstreckung.⁹³⁾

Die Frage ist allerdings, ob dieses Interesse der siegreichen Partei in beiden Fällen in gleicher Weise zu schützen ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, worin man den Grund der Rechtskrafterstreckung erblickt. Sieht man ihn in der materiellen Abhängigkeit des Rechtserwerbes, so kann den Interessen der obsiegenden Partei nur in den Fällen abhängigen Rechtserwerbs Rechnung getragen werden.

Auch der Gesetzeszweck zwingt daher nicht zu einer Rechtskrafterstreckung bei originärem Rechtserwerb.

Die materiellrechtliche Abhängigkeit des Rechtserwerbes kommt damit als Begründung für die Rechtskrafterstreckung des § 325 ZPO im Falle der Rechtsnachfolge nach der letzten mündlichen Verhandlung in Betracht, so daß diese Rechtskrafterstreckung mit der Nachfolge in das "belastete Recht" begründet werden kann und dem Gedanken der Verwirkung entspricht.

93) Hofmann S. 55; Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 50 ff.

(2) Etwas anderes gilt allerdings für die Rechtskraft-
erstreckung des § 325 ZPO bei Veräußerung des Streit-
befangenen Gegenstandes während des Prozesses vor dem
Ende der letzten mündlichen Verhandlung. In diesem Falle
kann mit Hilfe der materiellrechtlichen Abhängigkeit zwar
erklärt werden, daß der Erwerber die bis zur Veräußerung
erzielten Prozeßergebnisse gegen sich gelten lassen muß.
Diesem Gedanken würde aber nur entsprechen, daß der
Nachfolger den Prozeß in seiner Lage zum Zeitpunkt der
Veräußerung zu übernehmen hätte. Der Gesetzgeber ist die-
sen Weg jedoch nicht gegangen, sondern hat dem Veräußerer
gemäß § 265 ZPO die weitere Prozeßführungsbefugnis ein-
geräumt und den Erwerber gemäß § 325 ZPO an die gesamte
Prozeßführung des Rechtsvorgängers gebunden. Den Erwerber
trifft demnach nicht nur die prozessuale Lage im Zeit-
punkt des Erwerbes, sondern er ist auch an die Folgen der
Prozeßhandlungen gebunden, die der Veräußerer nach dem
Rechtsübergang vorgenommen hat.

Diese Urteilswirkung kann nicht auf der Rechtsnachfolge
beruhen.⁹⁴⁾ Der Grund für die Rechtskrafterstreckung der
§§ 265, 325 ZPO muß vielmehr auf prozessualem Gebiet
liegen.⁹⁵⁾ Das Gesetz schützt den Prozeßgegner des Ver-
äußerers zunächst vor einem Parteiwechsel, der durch die
Übertragung des materiellen Rechtes auf den Nachfolger
und dem damit verbundenen Rechtsverlust der Partei not-
wendig werden könnte und ordnet sodann die Rechtskraft-

94) Henckel, Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines
S. 31; Henke S. 111.

95) Bettermann S. 70 und 93; Henke S. 111; Henckel,
Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 34 f.

erstreckung an, um eine doppelte Inanspruchnahme des Prozeßgegners zu verhindern. Dieser Fall der Rechtskrafterstreckung ist daher nicht darauf zurückzuführen, daß sich der Erwerber das prozessuale Verhalten seines Vorgängers aus materiellen Gründen zurechnen lassen muß, so daß mit dieser Begründung eine Übereinstimmung mit dem Gedanken der Verwirkung nicht festzustellen ist.

bb) Die Verfügungsbefugnis

(1) Führt eine Partei den Prozeß, die nicht Inhaber des streitbefangenen Rechtes ist, so muß die Rechtskrafterstreckung nach den bisherigen Ausführungen davon abhängen, daß die prozeßführende Partei materiellrechtlich befugt ist, über das fremde Recht zu verfügen. Die Rechtskrafterstreckung stimmt daher mit dem Gedanken der Verwirkung überein, soweit sie auf der Verfügungsbefugnis beruht.⁹⁶⁾

Diesem Gedanken entspricht die Regelung des § 327 ZPO. Die Bindung des Erben an Urteile, die zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein zum Nachlaß gehörendes Recht ergangen sind, hängt gemäß

96) Für den Fall der Prozeßstandschaft wird die Verfügungsbefugnis verschiedentlich als Grundlage der Rechtskraftrstreckung genannt. Thomas-Putzo § 51 Anm. IV 3 b sowie § 325 Anm. 1 d; Henckel, Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 42 ff, 55 f; BGH ZZP 71, 113; Festl S. 39.

Diese Meinung kann aber nicht als vorherrschend bezeichnet werden. Zu den übrigen Ansichten vgl. etwa Rosenberg-Schwab § 46 V 2; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. VI 2 a cc; Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 176; Sinaniotis ZZP 79, 83 f.

§ 327 Abs. 1 ZPO von der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ab. Die Verwaltungsbefugnis beinhaltet aber gemäß § 2205 Satz 2 BGB das Recht des Testamentsvollstreckers, über die Gegenstände des Nachlasses zu verfügen, so daß die Rechtskraftbindung des Erben mit der Verfügungsbefugnis übereinstimmt.

Die Einschränkung der Verfügungsbefugnis, die § 2205 Satz 3 BGB für unentgeltliche Verfügung anordnet, konnte für die Rechtskrafterstreckung außer Betracht bleiben, da eine Schenkung im Prozeß keine Parallele finden kann. Wird allerdings im Prozeß um die Wirksamkeit einer solchen unentgeltlichen Verfügung gestritten, ohne daß der Testamentsvollstrecker den Schenkungscharakter aufdeckt, so ist die Rechtskrafterstreckung zum Schutze des Erben einzuschränken und ihm die Möglichkeit zu geben, die Unwirksamkeit der Verfügung auf Grund des § 2205 Satz 3 BGB geltend zu machen⁹⁷⁾, da die Rechtskrafterstreckung in der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ihre Grenze finden muß.

Für Passivprozesse, in denen ein gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch geltend gemacht wird, hängt die Rechtskrafterstreckung gemäß § 327 Abs. 2 von der Prozeßführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ab. Diese entspricht wiederum gemäß § 2213 BGB der Verwaltungsbefugnis, die sein Recht zur Verfügung über die Gegenstände des Nachlasses beinhaltet. Auch insoweit entspricht die Bindung des Erben daher der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

97) Henckel, Die Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 43.

(2) Mit Hilfe der Verfügungsbefugnis kann ferner auch in den weiteren Fällen gesetzlicher Prozeßstandschaft, in denen eine Rechtskrafterstreckung infrage steht, aber nicht gesetzlich festgelegt ist⁹⁸⁾, die Rechtskraftbindung bestimmt werden.

Danach erwachsen Urteile gegenüber dem Nachlaß- oder dem Konkursverwalter auch dem Erben und dem Gemeinschuldner gegenüber in Rechtskraft, soweit der Verwalter die ihm eingeräumte Verfügungsbefugnis nicht überschreitet.⁹⁹⁾

98) Geht man, wie die herrschende Meinung vom formellen Parteibegriff aus, so gibt es in den Fällen der Prozeßstandschaft über §§ 325, 265 und 327 ZPO hinaus keine gesetzliche Regelung der Rechtskrafterstreckung auf den Rechtsinhaber (vgl. Rosenberg-Schwab § 46 V 2). Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn man, wie Henckel, den materiellen Parteibegriff zugrunde legt. Hier ergibt sich die Rechtskraftbindung des Rechtsinhabers aus § 325 ZPO. Allerdings will auch Henckel nicht in jedem Falle der Prozeßstandschaft eine Rechtskraftbindung der materiellen Partei annehmen, sondern ebenfalls nur dann, wenn der Prozeßstandschafter mit Verfügungsbefugnis handelt. Insoweit bestehen also vom Ergebnis her keine Unterschiede.

99) Allgemeine Meinung vgl. nur Rosenberg-Schwab § 46 V 3 a. Hält man Konkurs- und Nachlaßverwalter entgegen der herrschenden Meinung für gesetzliche Vertreter des Rechtsinhabers (vgl. dazu im einzelnen Stein-Jonas-Schumann/Leipold vor § 50 Anm. II 3 a), so sind diese ohnehin als Partei gebunden.

Bei allgemeiner Gütergemeinschaft wirkt das Urteil gegen den das Gesamtgut verwaltenden Ehegatten, der gemäß § 1422 Abs. 1 BGB zur Prozeßführung befugt ist, in Ansehung des Gesamtgutes auch gegen den anderen Ehegatten Rechtskraft.¹⁰⁰⁾ Das gilt allerdings nur, soweit der verwaltende Ehegatte nicht durch die §§ 1423 bis 1425 BGB in der Verfügung beschränkt ist. Wo die Befugnis zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen fehlt, führt auch der Prozeß nicht zur Rechtskraftbindung des Ehepartners.

Rechtskrafterstreckung tritt weiterhin bei der sog. Notprozeßführung des § 1429 BGB¹⁰¹⁾ sowie bei Rechtsstreitigkeiten des nicht verwaltenden Ehegatten aus einem selbständigen Erwerbsgeschäft ein, das mit Einwilligung des verwaltenden Partners betrieben wird (§ 1431 BGB).¹⁰²⁾

100) Im Ergebnis ebenso Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 91 I 1; Staudinger-Felgentraeger § 1422 Rdn. 37; Palandt-Diederichsen § 1422 Anm. 4 zu a und b; Erman-Heckelmann § 1422 Rdn. 5; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. VI 2 b bb.

101) Ebenso RGRK-Scheffler § 1429 Anm. 11; Soergel-Siebert-Vogel 9. Aufl. § 1429 Rdn. 7; Staudinger-Felgentraeger § 1422 Rdn. 53; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. VI 2 b bb; a.A. Soergel-Siebert-Gaul § 1429 Rdn. 8; Rosenberg-Schwab § 46 V 3 b.

102) Dölle § 71 II 4 b; Soergel-Siebert-Gaul § 1431 Rdn. 6; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. IV 2 b bb; Staudinger-Felgentraeger § 1422 Rdn. 22. A.A. Rosenberg-Schwab § 46 V 2 b.

Klagt hingegen der an einem gemeinschaftlichen Vermögen Beteiligte auf Leistung an alle Beteiligten (§ 432, 1011, 2039 BGB)¹⁰³⁾ und unterliegt in diesem Rechtsstreit, so tritt eine Rechtskrafterstreckung zulasten der übrigen Beteiligten nicht ein, da der Handelnde nicht allein über das eingeklagte Recht verfügen kann.¹⁰⁴⁾ Ebenso kann der Pfändungspfandgläubiger einer Forderung durch das klageabweisende Urteil aus dem Prozeß zwischen Gläubiger und Schuldner der Forderung auf Leistung an Gläubiger und

103) Es ist streitig, ob in diesen Fällen, wo ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht und jedem Teilhabe die Berechtigung zu alleiniger Geltendmachung eingeräumt ist, überhaupt ein Fall von Prozeßstandschaft vorliegt. Die herrschende Meinung bejaht das und nimmt eine Prozeßstandschaft bezüglich des der Personenmehrheit zustehenden Gesamtrechtes an, vgl. Rosenberg-Schwab § 46 V 3 b; Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 92 I 2 a; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand S. 40; Schneider ZZP 77, 280 f; Sinaniotis ZZP 79, 89.
Eine andere Ansicht geht hingegen davon aus, daß der Kläger in diesem Falle nicht ein fremdes Recht geltend mache, sondern seine eigene Mitberechtigung und verneint deshalb eine Prozeßstandschaft.
Vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. VI 2 b bb; Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 180 Note 253.

104) Ebenso RGZ 93, 129 zu § 2039; RGZ 119, 169 zu § 1011; Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 92, I 2 a; Rosenberg-Schwab, § 46 V 3 b; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. VI 2 b cc.

Pfandgläubiger gemeinsam (§ 1281 BGB) nicht betroffen werden, da der Gläubiger nicht mit Wirkung gegen den Pfandgläubiger über die Forderung verfügen kann.¹⁰⁵⁾

Verfügt der das Gesamtgut verwaltende Ehegatte bei allgemeiner Gütergemeinschaft ohne die nach den §§ 1423 bis 1425 BGB erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten über einen Gegenstand des Gesamtgutes, so kann der andere gemäß § 1428 BGB die Unwirksamkeit der Verfügung gegen den Dritten gerichtlich geltend machen. Da auch diese Prozeßführungsbefugnis nicht auf einem Verfügungsrecht beruht, zieht auch sie keine Rechtskraft-erstreckung nach sich.¹⁰⁶⁾ Das Gleiche gilt für Urteile im revokatorischen Prozeß gemäß §§ 1368, 1369 Abs. 3 BGB.¹⁰⁷⁾

(3) Der Verfügungsbefugnis entspricht schließlich auch die in § 326 Abs. 2 ZPO geregelte Rechtskraftbindung des Nacherben an die Prozeßführung des Vorerben.

105) Ebenso Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 325 Anm. VI 2 b bb; Rosenberg-Schwab § 46 V 3 b.

106) Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 92 I 2 b; RGRK-Scheffler § 1428 Anm. 7 f; Staudinger-Felgentraeger § 1428 Rdn. 8; Rosenberg-Schwab § 446 V 3 b; Soergel-Siebert-Gaul § 1428 Rdn. 6; Palandt-Diederichsen § 1428 Anm. 1. A.A. Beitzke, Familienrecht § 16 V; Dölle Band 1 S. 921; Palandt-Lauterbach 32. Aufl. § 1428 Anm. 1.

107) Ebenso Baur FamRZ 58, 256, 257; Brox FamRZ 61, 281; Staudinger-Felgentraeger § 1368 Rdn. 37 ff; Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 92 I 2 c; Rosenberg-Schwab § 46 V 3 b; Palandt-Diederichsen § 1368 Anm. 3; Soergel-Siebert-Lange § 1369 Rdn. 16.

Diese Regelung des Gesetzes ist in der Literatur allerdings vielfach kritisiert worden.¹⁰⁸⁾ Die Verknüpfung dieser Rechtskrafterstreckung mit der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis wird als Fehlgriff bezeichnet, der zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen könne. Denn durch die Beschränkung der Rechtskraftbindung des Urteils auf die Fälle, in denen der Vorerbe zur Verfügung über das streitige Recht befugt sei, werde der Prozeßgegner in unbilliger Weise benachteiligt, da er in den Fällen, wo das streitbefangene Recht der Verfügung des Vorerben nicht unterliege, vor dem Nacherbfall keine endgültige Regelung herbeiführen könne.

Diese Rechtslage mag eine große Härte für den Prozeßgegner bedeuten, der Gesetzgeber hat mit der getroffenen Regelung diese Härte jedoch bewußt in Kauf genommen. Vom Standpunkt der Lehre Henckels ist diese Entscheidung des Gesetzgebers notwendig und konsequent, da die Rechtskrafterstreckung des Urteils in der Verfügungsbefugnis über das materielle Recht ihren Grund findet und daher auch auf die Fälle der Verfügungsbefugnis beschränkt bleiben muß. Die durch § 326 Abs. 2 ZPO angeordnete Beschränkung der Rechtskraftbindung entspricht danach den dogmatischen Grundlagen der materiellen Rechtskraft.

cc) Die Verfügungsmacht kraft Rechtsscheins

Einen weiteren Fall der Rechtskrafterstreckung enthält § 407 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift ist ebenso wie die bislang erörterten Bestimmungen prozeßrechtlicher Natur

108) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 231, 515; Mendelssohn-Bartholdy S. 345; Bettermann S. 86; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 326 Note 3.

und nur aus redaktionellen Gründen in das Bürgerliche Gesetzbuch und nicht in die Zivilprozeßordnung aufgenommen worden.¹⁰⁹⁾

Gemäß § 407 Abs. 2 BGB ist der neue Gläubiger einer Forderung an ein Urteil gebunden, das in einem nach der Abtretung anhängig gewordenen Prozeß zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger über die Forderung ergangen ist, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat. Die Rechtsnachfolge kann diese Rechtskrafterstreckung nicht begründen, da der Prozeß erst nach der Abtretung rechtshängig geworden ist. Da der alte Gläubiger nach der Abtretung nicht mehr befugt ist, über die abgetretene Forderung zu verfügen, kann auch die Verfügungsbefugnis nicht der Grund für die Rechtskrafterstreckung sein. Jedoch muß der neue Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 407 Abs. 1, 408 BGB Verfügungen des alten Gläubigers über die abgetretene Forderung gegen sich gelten lassen. Der Rechtschein der Inhaberschaft gewährt dem alten Gläubiger Verfügungsmacht über das abgetretene Recht. Dieser materiellrechtlichen Verfügungsmacht entspricht die prozessuale Rechtskrafterstreckung des § 407 Abs. 2 BGB. Ebenso wie der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis das Recht zur Prozeßführung mit Wirkung gegenüber dem Berechtigten entspricht, zieht die Möglichkeit, daß ein Rechtsfremder auf Grund des Rechtsscheines Verfügungen mit Wirkung für den Berechtigten vornehmen kann, die prozessuale Macht nach sich, mit Wirkung gegen den Berechtigten zu

109) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 400; Staudinger-Werner § 407 I 3; Oertmann § 407 Anm. 2; Henckel, Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 7; Planck-Siber § 407 Anm. 2; vgl. auch Protokolle Band 1 S. 392.

prozessieren.¹¹⁰⁾

Die Rechtskrafterstreckung des § 407 Abs. 2 BGB ist demnach ebenfalls auf eine Zurechnung der Prozeßführung zurückzuführen, sie stimmt daher mit dem Gedanken der Verwirkung überein.

b) Rechtskrafterstreckung ohne materiellrechtliche Abhängigkeit

aa) Die Ermächtigung zur Prozeßführung

Ausser den gesetzlich geregelten Fällen der Prozeßstandschaft, in denen die prozeßführende Partei auf Grund gesetzlicher Befugnis im eigenen Namen fremde Rechte geltend macht, kennt die heute herrschende Meinung die sog. gewillkürte Prozeßstandschaft, bei der es auf den Willen des Rechtsinhabers zurückzuführen ist, daß der Prozeßführer in eigenem Namen ein fremdes Recht einklagt.¹¹¹⁾ Sie wird dadurch begründet, daß der Rechtsträger der Prozeßführung des Dritten zustimmt, ist aber nach herrschender Meinung zur zulässig, wenn der Dritte ein eigenes Interesse an der Verfolgung des streitigen

110) Henckel, Prozeßführungsmacht kraft Rechtsscheines S. 137; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 59, 399.

111) Diese gewillkürte Prozeßstandschaft ist heute allgemein anerkannt, während sie lange Zeit heftig umstritten war. Ganz ablehnend etwa noch Nikisch, § 31 III 5; Seuffert-Walshmann vor § 50 Anm. 3; Hellwig, System des deutschen Zivilprozesses Band I S. 175; Förster-Kann vor § 50 Anm. 2 c.

Rechtes hat.¹¹²⁾

Die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis des Dritten über den Gegenstand des Streites ist hingegen nach überwiegender Ansicht keine Voraussetzung für die rechtsgeschäftliche Einräumung der Prozeßführungsbefugnis. Die gewillkürte Prozeßstandschaft ist nicht davon abhängig, daß dem Prozeßführer zugleich auch die Befugnis zu außerprozessualen Verfügungen erteilt wird.¹¹³⁾ Das gilt unabhängig davon, ob die Zustimmung des Rechtsinhabers zur Prozeßführung des Dritten lediglich als Ermächtigung zur Prozeßführung betrachtet wird oder ob bei Geltendmachung von Forderungen mit dieser Zustimmung zugleich die konkludente Erteilung einer Einziehungsermächtigung verbunden wird, wie der Bundesgerichtshof das tut.¹¹⁴⁾ Denn auch bei einer Verbindung von Ermächtigung zur Prozeßführung mit materiellrechtlicher Einziehungsermächtigung ist dem Dritten nur die Befugnis zur Annahme der Leistung, nicht aber zu anderen möglicherweise nachteiligen Verfügungen zulasten des Rechtsinhabers gegeben,

112) BGHZ 4, 153; 25, 215; 30, 166; 38, 283; 48, 15; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand S. 108 ff; Stein-Jonas-Schumann/Leipold vor § 50 Anm. II 7; Schönke-Kuchinke § 21 II 3; Rosenberg-Schwab § 46 III 1; Baumbach-Hartmann vor § 50 Anm. 4 C. A.A. Wieser S. 117; Grunsky, Grundlagen § 28 I 4 S. 263; Rüßmann AcP 172, 520; Lücke ZRP 76, 29 ff, die das Erfordernis eines eigenen Interesses an der Rechtsverfolgung nicht verlangen.

113) A.A. nur Schwab, der Verfügungsmacht über das Vermögen oder zumindest den geltend gemachten Anspruch verlangt, Rosenberg-Schwab § 46 III 1.

114) BGHZ 4, 153, 164 f; BGH NJW 1964; dagegen Lücke ZRP 76, 28.

der Dritte kann also die Forderung nur einziehen, nicht etwa abtreten oder auf sie verzichten. Die Prozeßführungsbefugnis bei gewillkürter Prozeßstandschaft entspricht daher nicht der außerprozessualen Verfügungsbefugnis.

Grunsky kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß im Falle gewillkürter Prozeßstandschaft das Urteil nicht gegen den Rechtsinhaber wirken könne, wenn man die Verfügungsbefugnis als Grund der Rechtskrafterstreckung ansehe, da die Partei über das eingeklagte Recht nicht verfügen könne.¹¹⁵⁾ Das aber wäre in der Tat ein wenig interessengerechtes Ergebnis, wenn man bedenkt, daß auf diese Weise der Rechtsträger die Chance, sein Recht durchzusetzen, verdoppeln könnte.

Diese Folgerung Grunskys kann jedoch nicht gegen Henckels Lehre verwandt werden. Denn Henckel muß von seiner Rechtskraftlehre her im Falle gewillkürter Prozeßstandschaft zu einer Rechtskrafterstreckung gegen den Rechtsinhaber kommen. Sieht man die Grundlage der materiellen Rechtskraft in einer Verwirkung der Rechtsausübung, so muß die Rechtskrafterstreckung darauf beruhen, daß sich der Dritte das prozessuale Verhalten der Partei zurechnen lassen muß, wobei die Gründe für eine Zurechnung in der materiellrechtlichen Abhängigkeit der Rechtsstellungen erkannt wurden, wie der Rechtsnachfolge, der Verfügungsbefugnis und Verfügungsmacht kraft Rechtsscheines. Auch ohne diese materielle Abhängigkeit muß sich der Rechtsinhaber die Prozeßführung durch einen Dritten jedoch zurechnen lassen, wenn er den Dritten zur Prozeßführung ermächtigt. Wer einen anderen zu der Vornahme bestimmter Handlungen ermächtigt, muß auch das in Ausführung dieser

115) Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache S. 179.

Ermächtigung erzielte Ergebnis gegen sich gelten lassen. Dementsprechend führt Henckel aus, bei der gewillkürten Prozeßstandschaft überdecke die Zustimmung des Rechtsinhabers zur Prozeßführung des Dritten die fehlende Verfügungsbefugnis und führe deshalb zur Rechtskraftbindung des Rechtsinhabers.¹¹⁶⁾ Die Zustimmung zur Prozeßführung ist damit ein weiterer Grund für die Zurechnung prozessualen Verhaltens, die die Rechtskrafterstreckung in den Fällen gewillkürter Prozeßstandschaft begründet.

bb) § 856 Abs. 4 ZPO

Gemäß § 856 Abs. 1 ZPO kann jeder Gläubiger, dem der gepfändete Anspruch überwiesen ist, den Drittschuldner auf Erfüllung verklagen. Dieses Urteil wirkt gemäß § 856 Abs. 4 ZPO für und gegen alle Pfändungsgläubiger, obwohl zwischen den Pfändungsgläubigern eine materiellrechtliche Abhängigkeit nicht besteht. Nach § 856 Abs. 5 ZPO kann sich der Drittschuldner gegenüber einem Gläubiger auf die ihm günstige Entscheidung allerdings nicht berufen, wenn der Gläubiger zum Termin zur mündlichen Verhandlung nicht geladen war. Die Rechtskraftbindung des Urteils gegenüber den übrigen Pfändungspfandgläubigern setzt danach die Ladung zur mündlichen Verhandlung voraus und trifft nur den, der trotz dieser Ladung seine Rechte nicht selbst wahrgenommen hat. Die Rechtskrafterstreckung des § 856 Abs. 4 ZPO beruht damit auf der Beiladung.¹¹⁷⁾ Der Pfandgläubiger, der zur münd-

116) Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand S. 112.

117) Roßmann S. 35.

lichen Verhandlung geladen war, hätte erscheinen und seine Rechte im Termin wahrnehmen können. Hat er sich trotz der Ladung zum Termin am Prozeß nicht beteiligt, so kann ihm entgegengehalten werden, daß er sich deshalb nun die Prozeßführung des anderen Pfändungspfandgläubigers zurechnen lassen müsse und damit die eigene weitere Ausübung des Rechtes verwirkt habe.

c) Ergebnis

Von den untersuchten Vorschriften steht die Rechtskrafterstreckung gegen den Rechtsnachfolger im Falle der Veräußerung des streitbefangenen Rechtes vor dem Ende der letzten mündlichen Verhandlung nicht mit dem Gedanken der Verwirkung in Einklang. Hier läßt sich im Unterschied zu der Rechtskrafterstreckung des § 856 Abs. 4 ZPO die Bindung des Erwerbers an das Urteil auch nicht mit der Möglichkeit einer Prozeßbeteiligung begründen. Denn während im Falle des § 856 Abs. 4 ZPO die Möglichkeit einer Beteiligung am Rechtsstreit als Grund für die Anordnung der Rechtskraftbindung erkannt werden konnte, so daß die Rechtskraftbindung des Dritten eintritt, weil er seine Rechte nicht genutzt hat, ist die Nebenintervention, über die dem Erwerber gemäß § 66 ZPO die Beteiligung am Prozeß des Rechtsvorgängers ermöglicht wird, nicht der Grund, sondern nur die Folge der Rechtskrafterstreckung. Nicht weil der Erwerber die Möglichkeit zur Nebenintervention hat, tritt die Rechtskrafterstreckung ein, sondern weil die Rechtskrafterstreckung angeordnet ist, muß das Gesetz dem Erwerber die Möglichkeit zur Beteiligung am Prozeß geben.

Daraus, daß die Rechtskrafterstreckung im Falle der Rechtsnachfolge vor dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung

mit dem Gedanken der Verwirkung nicht in Einklang steht, können jedoch keine durchgreifenden Bedenken gegen die Lehre Henckels hergeleitet werden. Denn der Gedanke der Verwirkung hat sich im übrigen im System der Vorschriften, die die Rechtskraft auf Dritte erstrecken, bewährt. Die Rechtskrafterstreckung der §§ 325, 265 ZPO muß danach vom Ausgangspunkt der Lehre Henckels als eine Ausnahmeerscheinung angesehen werden, die der Gesetzgeber aus anderen für ihn zwingenden Gründen angeordnet hat.

2.) Wiederaufnahme und Verwirkung

Das Wiederaufnahmeverfahren bezweckt die neue Verhandlung eines bereits durch rechtskräftige Entscheidung abgeschlossenen Verfahrens und führt damit zu einer Durchbrechung der materiellen Rechtskraft. Die gesetzliche Regelung der Wiederaufnahmegründe und des Wiederaufnahmeverfahrens ist damit Prüfstein einer Lehre, die sich mit den Grundlagen der materiellen Rechtskraft befaßt. Denn eine Begründung der materiellen Rechtskraft kann nur dann überzeugen, wenn sie auch die gesetzlich angeordneten Einschränkungen und Durchbrechungen der Rechtskraft zu erklären vermag.

Henckel sieht in den Wiederaufnahmegründen die positivrechtlichen Grenzen der Verwirkung. Er geht davon aus, daß die Verwirkung ebenso wie im materiellen Bereich auch im Zuge prozessualer Rechtsausübung nicht schrankenlos gelte. Die Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens sind für ihn die spezialgesetzlichen Regelungen materiellrechtlicher Verwirkungsgrenzen.¹¹⁸⁾

118) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 98 ff.

Diese These Henckels soll im nachfolgenden Kapitel anhand der gesetzlichen Regelung im einzelnen überprüft werden.

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Nichtigkeits- oder durch Restitutionsklage (§ 578 ZPO), die Nichtigkeitsklage beruht gemäß § 579 ZPO auf schweren prozessualen Mängeln des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens, die Restitutionsklage gemäß § 580 ZPO auf der Unrichtigkeit der Urteilsgrundlagen.

a) Die Gründe der Nichtigkeitsklage gemäß § 579 ZPO

Die Wiederaufnahmegründe des § 579 ZPO sind nach Henckels Ansicht von dem Gedanken getragen, daß die Ausübung der Rechte im Prozeß nur dann schutzwürdige Positionen begründen könne, wenn die Mindestanforderungen garantiert seien, die der Rechtsstaat an ein geordnetes Verfahren stelle. Die Bindung der unterlegenen Partei an das Urteil sei deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn die Bedingungen eingehalten seien, die für ein rechtsstaatliches Verfahren vorausgesetzt werden müßten. Aus diesem Grunde führe die Rechtsausübung vor einem nicht vorschriftsmäßig besetzten Gericht, vor einem ausgeschlossenen oder erfolgreich abgelehnten Richter oder durch eine nicht nach der Vorschrift der Gesetze vertretene Partei, auch wenn sie noch so nachlässig betrieben werde, nicht zu Verwirkungsfolgen, weil die Mängel des Verfahrens es verbieten würden, die unterlegene Partei von der weiteren prozessualen Ausübung ihres Rechtes auszuschließen.¹¹⁹⁾

119) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 98 ff.

Diese Begründung entspricht der herrschenden Meinung, wenngleich diese entsprechend ihrem Verständnis der materiellen Rechtskraft den öffentlichen Interessen Vorrang vor den privaten Interessen einräumt.¹²⁰⁾

b) Die Restitutionsgründe des § 58o ZPO

Die Restitutionsgründe des § 58o ZPO zeichnen sich für Henckel dadurch aus, daß sie zu einer für den Restitutionskläger ungünstigen Entscheidung geführt haben, die er mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln nicht abwenden konnte.¹²¹⁾ Sie umfassen nach seiner Ansicht die Fälle, in denen einer Partei die Bindung an das Urteil, das ihre Rechte schmälere, nicht zugemutet werden könne. Das Restitutionsprinzip, so führt er aus, entspreche damit der Ausformung, welche die Lehre von der Verwirkung im materiellen Recht gefunden habe: "Die Verwirkung tritt nicht ein, wenn der Berechtigte alles ihm Zumutbare getan hat, um sein Recht geltend zu machen."¹²²⁾

Es entspricht dem materiellen Recht, wenn Henckel die Grenze der Verwirkung und damit die Grenze der Bindung an das Urteil dort zieht, wo diese Bindung der betroffenen Partei nicht mehr zuzumuten ist. Das ist für das materielle Recht anerkannt in dem Fall, wo der Betroffene alles ihm Zumutbare getan hat, sein Recht geltend zu machen¹²³⁾, muß jedoch darüber hinaus in allen weiteren

120) Schwinge S. 34 ff; Rosenberg-Schwab § 135 II 2; Johannsen Festschrift für den 45. DJT S. 82.

121) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 99.

122) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 99, 100.

123) Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 300; BAG BB 1955, 929.

Fällen gelten, in denen seine Position schutzwürdiger ist als die seines Gegners. Denn das Institut der Verwirkung beruht auf § 242 BGB und ist ein Spezialfall des Verbotes unzulässiger Rechtsausübung. Die an den Erfordernissen von Treu und Glauben ausgerichtete Rechtsausübung kann aber niemals unzulässig sein, wenn der Rechtsinhaber schutzwürdiger ist als der Anspruchsgegner.

Zweifel an der Ausgangsthese Henckels bestehen allerdings insoweit, als er den Restitutionsgründen des § 580 ZPO nur das materiell unrichtige Urteil zuordnet, denn davon geht er aus, wenn er ausführt, daß § 580 ZPO die Fälle erfasse, in denen der unterlegenen Partei die Bindung an ein Urteil, das ihre Rechte schmälere, nicht zugemutet werden könne.

Zwar geht das Ziel jeder Restitutionsklage dahin, eine günstigere Entscheidung als das vorhandene Urteil zu erreichen. Auch ist es Voraussetzung für eine Wiederaufnahme des Verfahrens, daß die anzufechtende Entscheidung gerade auf dem Teil des Urteilsstoffes beruht, den der Restitutionsgrund erfaßt, so daß dem Urteil durch den Restitutionsgrund eine der Grundlagen, auf denen es beruht, entzogen werden muß. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Urteil auch im Ergebnis unrichtig sein muß, die Unrichtigkeit der vorhandenen Entscheidung ist nicht Voraussetzung für eine Wiederaufnahme des Verfahrens.¹²⁴⁾ Ein Beispiel wird dies verdeutlichen:

Der Kläger macht gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche geltend, weil der Beklagte unberechtigter Besitzer einer in seinem Eigentum stehenden Sache gewesen sei,

124) Johannsen Festschrift für den 45. DJT S. 90; Rosenberg-Schwab § 161 III 3; Gaul, Wiederaufnahme S. 73 ff, 137; Stein-Jonas-Grunsky vor § 578 II 1.

deren Herausgabe ihm nunmehr unmöglich geworden sei. Der Beklagte bestreitet sowohl das Eigentum des Klägers als auch seinen Besitz an der Sache. Die Beweisaufnahme ergibt, daß der Beklagte niemals Besitzer war, so daß das Gericht die Klage abweist, ohne den Streit zu den Eigentumsverhältnissen voll aufzuklären. Später wird dann der Zeuge, auf den das Gericht seine Entscheidung gestützt hat, wegen falscher Aussage bestraft. Der Restitutionsgrund des § 580 Ziff. 3 ZPO ist gegeben, gleichwohl muß das Ergebnis des neuen Prozesses kein anderes sein, denn es kann sich nunmehr im Zuge weiterer Aufklärung ergeben, daß der Kläger tatsächlich nicht Eigentümer der Sache war, für die er nunmehr Schadensersatz verlangt.

Für weitere Restitutionsgründe lassen sich ähnliche Beispiele bilden. Das gilt auch für § 580 Ziff. 7 b ZPO, wonach die Restitutionsklage stattfindet, wenn die Partei eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, die eine ihr günstige Entscheidung herbeigeführt haben würde. § 580 Ziff. 7 b ZPO setzt zwar voraus, daß die Urkunde zu einer günstigeren Entscheidung geführt haben würde, wenn sie bereits im ursprünglichen Verfahren vorgelegen hätte, das kann aber nicht bedeuten, daß nun mit dieser Urkunde die neue Entscheidung anders ausfallen muß. Dazu wieder ein Beispiel:

Ist die auf die §§ 990, 989 BGB gestützte Schadensersatzklage rechtskräftig abgewiesen, weil der Kläger sein Eigentum nicht nachgewiesen hat und findet sich nun eine Urkunde, die das Eigentum des Klägers belegt, so ist damit der Prozeß nicht zwingend gewonnen, da die Klage auch noch am Besitz des Beklagten oder aber der Unmöglichkeit einer Herausgabe scheitern kann, wozu seinerzeit umfassende Aufklärungen noch nicht erfolgt waren. Würde man verlangen,

daß die aufgefundene Urkunde die Restitution nur dann begründen kann, wenn feststeht, daß die Entscheidung günstiger ausgefallen wäre, so wäre in diesem Fall wie in allen anderen Fällen, wo weitere tatbestandliche Voraussetzungen der Anspruchsnorm nicht vollends aufgeklärt wurden, die Restitution ausgeschlossen. Ein Ergebnis, für das sich ein vernünftiger Grund nicht finden läßt. Das aber zeigt, daß auch die aufgefundene Urkunde nicht zwingend zu einer anderen Entscheidung führen muß. Wenn es demgegenüber in § 580 Ziff. 7 b ZPO heißt, daß es sich um eine Urkunde handeln muß, die eine günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte, so kann das nur auf das in dem früheren Rechtsstreit entschiedene Tatbestandsmerkmal und nicht auf das Ergebnis des Rechtsstreites bezogen sein. Deshalb ist der herrschenden Meinung nicht zu folgen, die verlangt, daß das Urteil bei Berücksichtigung der Urkunde anders ausgefallen wäre¹²⁵⁾, sondern in diesem Sinne genügt es, daß die Urkunde geeignet ist, eine günstigere Entscheidung herbeizuführen.¹²⁶⁾

Schließlich zeigt auch die Regelung des § 580 Ziff. 7 a ZPO, daß die Restitutionsgründe nicht nur Fälle materiell unrichtiger Urteile erfassen können. Nach dieser Vorschrift findet die Restitutionsklage statt, wenn die Partei ein in derselben Sache erlassenes, frühere rechtskräftig gewordenes Urteil auffindet. Mit dieser Vorschrift löst das Gesetz den Konflikt zweier sich widersprechender Urteile in derselben Sache durch Beseitigung des jüngeren Urteils zugunsten des älteren, und zwar gänzlich unabhängig

125) RGZ 151, 210; BGH NJW 1970, 1320; Rosenberg-Schwab § 161 II 3 d; Gaul, Wiederaufnahme S. 131 ff, insbesondere S. 137; Baumbach-Hartmann § 580 Anm. 4 D.

126) Stein-Jonas-Grunsky § 580 Anm. IV 2 d; Johannsen Festschrift für den 45. DJT S. 104 f.

von der Frage, welches der beiden Urteile das materiell richtige ist. In diese Prüfung kann das Restitutionsgericht nicht eintreten. Ist ein in derselben Sache ergangenes Urteil aufgefunden und die Restitutionsklage begründet, so führt die Wiederaufnahme des Verfahrens dazu, daß sich die Rechtskraft der ersten Entscheidung durchsetzt, so daß eine neue Sachentscheidung in der rechtskräftig abgeschlossenen Frage nicht mehr ergehen kann.¹²⁷⁾

Bedenken gegen die Thesen Henckels bestehen weiterhin insoweit, als er den gemeinsamen Grundgedanken der Restitution darin sieht, daß die betroffene Partei die ergangene Entscheidung mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln nicht abwenden konnte und daraus den Schluß zieht, das Restitutionsprinzip des § 58o ZPO entspreche den materiellrechtlichen Grenzen der Verwirkung und beruhe darauf, daß die betroffene Partei alles ihr Zumutbare getan habe, ihr Recht durchzusetzen.

Restitutionsgrund ist in den Fällen von § 58o Ziff. 1 bis 5 ZPO die Straftat, die der Prozeßgegner, ein Zeuge oder sonstiger Beteiligter begangen hat, im Falle von § 58o Ziff. 6 ZPO die Aufhebung des Urteils und im Falle von § 58o Ziff. 7 ZPO das Auffinden oder Benutzenkönnen der Urkunde. Diese Restitutionsgründe lassen sämtlich die Möglichkeit offen, daß die beschwerte Partei bereits im Vorprozeß mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln den Prozeß für sich entscheiden konnte. Sie gelten unabhängig davon, was die Partei im Vorprozeß getan hat und was sie noch hätte tun können, um ihr Recht durchzusetzen. Diese

127) Gaul, Wiederaufnahme S. 74.

Frage wird erst im Rahmen des § 582 ZPO relevant, wonach die Restitutionsklage nur zulässig ist, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, den Restitutionsgrund schon in dem früheren Verfahren geltend zu machen. Das aber führt zu dem Bedenken, ob die Ansicht Henckels, die den gemeinsamen Grundgedanken der Restitutionsgründe darin sieht, daß die unterlegene Partei die ergangene Entscheidung mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln nicht abwenden konnte, nicht mehr an § 582 ZPO anknüpft als an die Restitutionsgründe in § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO.

Henckel will dieses Bedenken allerdings nicht gelten lassen, sondern entgegnet, daß eine Trennung der Wertungsprinzipien von § 582 und § 580 ZPO nicht gerechtfertigt sei. Beide Vorschriften seien Ausprägungen eines gemeinsamen Restitutionsprinzips, das erst im Zusammenspiel von § 580 und § 582 ZPO deutlich werde. Dieser gemeinsame Grundgedanke liege darin, daß die beschwerte Partei die ergangene Entscheidung mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln nicht abwenden konnte.¹²⁸⁾

Die Bedenken gegen Henckels Ansicht sind damit jedoch nicht ausgeräumt. Denn es entspricht zwar diesem Grundgedanken, daß die Restitutionsklage gemäß § 582 ZPO nur dann zulässig ist, wenn die Partei in dem früheren Verfahren ohne ihr Verschulden gehindert war, den Restitutionsgrund geltend zu machen. Henckels Lehre über den Grundgedanken der Restitution erklärt jedoch nicht, warum § 580 ZPO die Wiederaufnahme nur in den dort genannten Einzelfällen zuläßt. Denn nicht jedes ungünstige Ereignis, das die Beschwerte Partei im Vorprozeß mit den ihr zu

128) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 99, 101.

Gebote stehenden Mitteln nicht ausräumen konnte, führt zur Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens, sondern die Wiederaufnahme ist nur dann zulässig, wenn einer der Gründe des § 58o ZPO vorliegt.

In Übereinstimmung mit Henckel hat allerdings auch das Reichsgericht mehrfach ausgesprochen, § 58o verfolge den Zweck, "unverschuldete Hindernisse ihrer Wirkung zu entkleiden." ¹²⁹⁾ Dem Reichsgericht ging es dabei jedoch in erster Linie um eine Begründung für die Bestimmung des § 58o Ziff. 7 b ZPO und nicht um einen gemeinsamen Grundgedanken der Restitution. ¹³⁰⁾ Gleichwohl ist auch dem Reichsgericht entgegenzuhalten, daß es seine Begründung mehr an § 582 als an § 58o ZPO orientiert hat. ¹³¹⁾

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß die Ausführungen Henckels zur Begründung der Wiederaufnahme des Verfahrens Bedenken unterliegen, eine endgültige Aussage soll jedoch erst nach einer Untersuchung der einzelnen Restitutionsgründe erfolgen.

aa) § 58o Ziff. 1 bis 5 ZPO

Nach Henckels Ansicht ist die Bindung an das Urteil dann unzumutbar, wenn "es durch Umstände unrichtig geworden ist, die außerhalb der Einfluß- und Verantwortungssphäre der beschwerten Partei liegen." ¹³²⁾

129) RGZ 48, 385; 123, 306.

130) Für § 58o Ziff. 7 b ZPO ebenso OLG Köln Fam RZ 1955, 53 unter Hinweis auf Deisenhofer FamRZ 55, 33 ff, der diesen Gedanken allerdings unter Hinweis auf das LG Nürnberg-Fürth als die gemeinsame Linie des § 58o ZPO bezeichnet a.a.O. S. 35.

131) Gaul, Wiederaufnahme S. 69, 70.

132) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 100.

Auf diese Begründung führt er die Möglichkeiten einer Wiederaufnahme im Falle des Meineides und des fahrlässigen Falscheides des Prozeßgegners (§ 58o Ziff. 1 ZPO), der Urkundenfälschung oder -verfälschung (§ 58o Ziff. 2 ZPO), der strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht durch Zeugen und Sachverständige (§ 58o Ziff. 3 ZPO), der Urteilserschleichung durch strafbare Handlung (§ 58o Ziff. 4 ZPO) sowie der strafbaren Amtspflichtverletzung des Richters (§ 58o Ziff. 5 ZPO) zurück.¹³³⁾

(1) Bedenklich erscheint diese Begründung zunächst für den Fall des § 58o Ziff. 4 ZPO, denn danach ist die Möglichkeit einer Wiederaufnahme auch dort begründet, wo der eigene Vertreter die strafbare Handlung zum Nachteil der unterlegenen Partei begangen hat. In diesem Falle, wo der Prozeßbevollmächtigte oder ein anderer rechtsgeschäftlich bestellter oder gesetzlicher Vertreter strafbare Handlungen zum Nachteil der Prozeßpartei begeht, ist der Prozeßverlust aber nicht auf Umstände zurückzuführen, die außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der beschwerten Partei gelegen haben. Denn diese Personen gehören zum Einfluß- und Verantwortungsbereich der Partei, ihr Verschulden trifft sie wie ihre eigenen Handlungen. Dieser Restitutionsgrund kann nicht darin begründet sein, daß das Urteil auf Umständen beruht, die außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der betroffenen Partei liegen.

133) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 100.

(2) Ein weiteres Bedenken gegen die Begründung, die Henckel für die Restitutionsgründe des § 58o Ziff. 1 bis 5 ZPO gibt, fußt darauf, daß diese Restitutionsgründe nur Fälle erfassen, in denen die getroffene Entscheidung durch strafbare oder zumindest mit Strafe bedrohte Handlungen beeinflusst ist. Diese Festlegung der Restitutionsgründe erfaßt aber nicht alle Fälle, in denen die unrichtige Entscheidung auf Umständen beruht, die außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der betroffenen Partei liegen. Vielmehr sind noch einige weitere Fälle denkbar, in denen das Urteil ebenfalls durch Umstände außerhalb des Einfluß- oder Verantwortungsbereiches der betroffenen Partei unrichtig wurde. So erfaßt § 58o Ziff. 1 ZPO nur den Meineid und die fahrlässige Verletzung der Eidespflicht durch den Prozeßgegner, die unbeeidete Falschaussage unterfällt dagegen nicht dem § 58o Ziff. 1 ZPO. Soweit diese vorsätzlich erfolgt, kommt zwar ein Prozeßbetrug und damit eine Wiederaufnahme gemäß § 58o Ziff. 4 ZPO in Betracht. Keine Wiederaufnahme findet dagegen im Falle einer fahrlässigen und unbeeideten Falschaussage des Prozeßgegners statt, obwohl auch auf ihr das Urteil beruhen kann und die ergangene Entscheidung in diesem Fall in gleicher Weise durch Umstände außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der belasteten Partei betroffen ist. Das Gleiche gilt im Falle des § 58o Ziff. 3 ZPO für fahrlässige uneidliche Falschaussagen eines Zeugen sowie für schuldlos unrichtige Sachverständigengutachten. Es steht außer Zweifel, daß in beiden Fällen ein unrichtiges Urteil ebenso wie bei einer strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht durch Umstände außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der unterlegenen Partei begründet ist. Gleichwohl führt nur die strafbare Verletzung der Wahrheitspflicht zur Restitution.

Ein weiteres Beispiel bietet § 580 Ziff. 5 ZPO, wonach nur die strafbare Verletzung von Richterpflichten, nicht jedoch eine nur dienststrafrechtlicher Ahndung unterliegende Verfehlung, geschweige denn der reine Rechtsfehler des Richters zur Wiederaufnahme führt.

Die Antwort auf die Frage, warum diese Fälle anders behandelt werden, obwohl auch hier Umstände außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der getroffenen Partei die Entscheidung tragen, bleibt Henckel schuldig.

bb) § 581 ZPO

Zulässig ist die Restitutionsklage, die auf § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO gestützt ist, gemäß § 581 Abs. 1 ZPO nur dann, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann.

Sieht man wie Henckel den Grund für die Restitution in den Fällen des § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO darin, daß die Bindung an das Urteil unzumutbar ist, weil es durch Umstände unrichtig geworden ist, die außerhalb des Einfluß- und Verantwortungsbereiches der beschwerten Partei liegen, so muß diese Beschränkung der Wiederaufnahme befremden. Denn durch die Regelung des § 581 ZPO ist die beschwerte Partei in ihrer Rechtsverfolgung von staatlicher Strafverfolgung abhängig, die weitere Verfolgung privater Rechte wird davon abhängig gemacht, daß eine rechtskräftige Verurteilung vorausgeht oder die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann, obwohl der unterlegenen Partei die Bindung an das Urteil nicht zuzumuten ist, da ein

Restitutionsgrund vorliegt. Henckel begründet diese Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeit damit, daß mit der Restitutionsklage ein rechtskräftiges Urteil, also eine zunächst gesicherte prozessuale Position des Gegners angegriffen werde. Der Gesetzgeber wolle deshalb nach Möglichkeit vermeiden, daß in einem Streit um die Wiederaufnahme die bereits entschiedene Beweisfrage, ob der Gegner, ein Zeuge oder Sachverständiger die Wahrheit gesagt oder gelogen habe, wieder aufgerollt werde, oder um die bereits beantwortete Frage, ob der Anspruch bestehe oder nicht, auf Grund der Behauptung, der Gegner habe die Voraussetzungen nur betrügerisch vorgespiegelt, erneut gestritten werden müsse.¹³⁴⁾

Diese Begründung unterliegt jedoch erheblichen Zweifeln. Zwar vermag die durch das rechtskräftige Urteil gesicherte prozessuale Position des Prozeßgegners begründen, daß eine Restitution nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig ist. Sie liefert aber keinen einleuchtenden Grund dafür, daß das Prozeßgericht im Wiederaufnahmeverfahren bereits entschiedene Beweisfragen auf Grund neuer Erkenntnisse nicht noch einmal überprüfen soll. Außerdem hätte der Gesetzgeber, wenn er ein Wiederaufrollen unterschiedener Beweisfragen vermeiden wollte, dem Strafurteil Feststellungswirkungen für das Wiederaufnahmeverfahren beimessen müssen. Die strafgerichtliche Aburteilung ist jedoch nur Voraussetzung für die Zulässigkeit der Restitutionsklage und hat ansonsten keinerlei Tatbestands- oder gar Feststellungswirkungen.¹³⁵⁾

134) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 101.

135) vgl. dazu § 14 Abs. 2 EGZPO.

Im Wiederaufnahmeverfahren muß der Zivilrichter die strafbare Handlung selbständig feststellen, ohne an die Entscheidung des Strafgerichtes gebunden zu sein. Er überprüft damit in jedem Falle noch einmal die Beweisfragen, ob der Gegner, der Zeuge oder Sachverständige gelogen hat, oder ob die Voraussetzung des Anspruches nur betrügerisch vorgespiegelt wurden. Er kann zu diesem Zwecke eine neue Beweisaufnahme anordnen. Die Verurteilung im Strafprozeß hat danach nicht zur Folge, daß Beweisfragen des Vorprozesses im Wiederaufnahmeverfahren nicht erneut entschieden werden müssen, so daß auch der Grundgedanke des § 581 ZPO nicht darin gesehen werden kann, nach Möglichkeit zu vermeiden, daß bereits entschiedene Beweisfragen noch einmal wiederaufgerollt werden.¹³⁶⁾

Die Schlußfolgerung Henckels geht dahin, daß es nicht die besondere Beweiskraft sei, welche die Wiederaufnahme in den Fällen des § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO rechtfertige, sondern die strafbare Manipulation des Urteilsinhaltes, die der beschwerten Partei nicht zugemutet werden könne. Diese Folgerung ist in Wahrheit nur eine Wiederholung seiner Begründung für die Anerkennung der Restitutionsgründe des § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO. Die Vorschrift des § 581 ZPO hat in dieser Begründung keinen Platz. Ihre Bedeutung bleibt nach Henckels Lehre ungeklärt.¹³⁷⁾

cc) § 580 Ziff. 6 und 7 ZPO

Die Unzumutbarkeit der Bindung ist nach Henckels Ansicht auch in den Fällen des § 580 Ziff. 6 und 7 ZPO der Grund für die Restitution. Im Unterschied zu § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO ergibt sich die Unzumutbarkeit nach seinen Ausführungen

136) Arens AcP 173, 259.

137) Arens AcP 173, 259.

rungen hier allerdings nicht allein aus dem Tatbestand der Restitutionsgründe, denn anders als in § 580 Ziff. 1 bis 5 ZPO enthalten die Ziffern 6 und 7 des § 580 ZPO nach seiner Auffassung auch Fälle, die im Verantwortungsbereich der beschwerten Partei liegen können.¹³⁸⁾ So könne im Falle des § 580 Ziff. 7 ZPO die Nachlässigkeit der Partei der Grund dafür sein, daß sie ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urteil oder eine einschlägige Urkunde zu spät auffinde. Bei § 580 Ziff. 6 ZPO könne die Aufhebung deshalb verspätet erfolgt sein und in dem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren keine Berücksichtigung mehr gefunden haben, weil die beschwerte Partei die Aufhebung jener Vorentscheidung nicht zügig genug betrieben oder keine Aussetzung nach § 148 ZPO beantragt habe.

In diesen Fällen soll jedoch § 582 ZPO eingreifen und die Restitution auf die Fälle beschränken, die nicht in die Verantwortung der beschwerten Partei fallen.¹³⁹⁾ Deshalb will Henckel § 582 ZPO nicht nur dann anwenden, wenn der Restitutionsgrund schuldhaft zu spät geltend gemacht wird, sondern auch dann, wenn der Restitutionsgrund verspätet eingetreten ist. In der Literatur ist diese Anwendung des § 582 ZPO für den Fall des § 580 Ziff. 7 b ZPO anerkannt. Danach schließt § 582 ZPO die Restitutionsklage nicht nur dann aus, wenn das Auffinden oder Benutzbarwerden der Urkunde schuldhaft verspätet geltend gemacht wurde, sondern auch dann, wenn die Partei die Urkunde schuldhaft verspätet aufgefunden hat oder infolge ihres Verschuldens

138) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 100.

139) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 101.

nicht früher benutzen konnte.¹⁴⁰⁾ In gleicher Weise will Henckel die Wiederaufnahme des Verfahrens bei § 580 Ziff. 7 a ZPO beschränken und auch im Falle des § 580 Ziff. 6 ZPO, wenn die Aufhebung der Vorentscheidung durch die beschwerte Partei schuldhaft verzögert wurde.¹⁴¹⁾

Im Zusammenhang von § 580 Ziff. 6 und 7 ZPO mit § 582 ZPO gründet sich danach für Henckel die Restitution darauf, daß die Bindung an die ergangene Entscheidung für die beschwerte Partei unzumutbar geworden ist.

(1) Aus dieser Begründung ist nun allerdings noch nicht zu entnehmen, warum gemäß § 580 Ziff. 7 b ZPO nur nachträglich aufgefundene Urkunden, nicht aber andere schuldlos zu spät aufgefundene Beweismittel zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen.¹⁴²⁾ Sieht man den Grund für die Wiederaufnahmemöglichkeit des § 580 Ziff. 7 b ZPO darin, daß die Bindung der beschwerten Partei durch Umstände, die sie nicht zu verantworten hat, unzumutbar geworden ist, so dürfte es keinen Unterschied machen, ob eine Urkunde, ein Zeuge oder ein Augenscheinsobjekt nachträglich aufgefunden oder benutzbar geworden ist. Vom Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist die Beschränkung auf Urkunden nicht gerechtfertigt.

141) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 101.

142) Kollhosser JZ 1972, 291, 292.

Henckel begründet diese unterschiedliche Behandlung von Urkunden und anderen Beweismitteln damit, daß das Wiederaufnahmeverfahren nicht in den Bereich der freien Beweiswürdigung eingreifen solle. Eine Wiederholung der Beweiswürdigung solle nur stattfinden, wenn sichergestellt sei, daß die bisher erhobenen Beweise nicht mehr die Überzeugung des Gerichtes begründen könnten.¹⁴³⁾ Er folgert daraus, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 58o Ziff. 7 ZPO auch nur dann in Betracht komme, wenn die Urkunde mit bindender Beweiskraft Tatsachen feststelle, die im Vorprozeß zu einer günstigeren Entscheidung für den Restitutionskläger geführt haben würden. Nach seiner Ansicht genügt es daher nicht für die Wiederaufnahme, wenn die Urkunde nur über solche Tatsachen Beweis erbringt, die möglicherweise, in Verbindung mit weiteren Tatsachen oder Beweismitteln zu einer günstigeren Entscheidung geführt hätten. Es ist vielmehr erforderlich, daß die aufgefundene Urkunde als solche zu einer anderen Entscheidung geführt haben würde, wenn sie seinerzeit bereits vorgelegen hätte.¹⁴⁴⁾

Den Grund für die unterschiedliche Behandlung von Urkunden und anderen Beweismitteln sieht Henckel also darin, daß das Wiederaufnahmeverfahren nicht in den Bereich der freien Beweiswürdigung eingreifen soll. Diese Begründung aber wirft die Frage auf, warum dies nicht geschehen und warum das Wiederaufnahmeverfahren nicht in den Bereich der freien Beweiswürdigung eingreifen soll?¹⁴⁵⁾

143) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 101 f.

144) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 102.
Diese Folgerung Henckels stimmt mit der in Note 125 zitierten herrschenden Meinung überein.

145) Vgl. auch Kollhosser JZ 1972, 291, 292.

Auf diese Frage antwortet Henckel, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses Gelegenheit gehabt hätten, zur Beweisaufnahme Stellung zu nehmen und deshalb jetzt in den Grenzen freier Beweiswürdigung an das Ergebnis der Beweisaufnahme gebunden seien.¹⁴⁶⁾

Diese Antwort aber vermag nicht zu überzeugen. Denn durch neue Beweismittel tritt auch eine neue Situation ein, die zu einer gänzlich anderen Würdigung der Beweise führen kann. Außerdem ist kein Grund dafür ersichtlich, daß die frühere Gelegenheit, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, innerhalb der Grenzen freier Beweiswürdigung eine Bindung begründen und kein weiteres Beweismittel zulassen soll, während für den Bereich beweiskräftiger Urkunden eine Bindung nicht eintreten soll. Auf diesem Wege läßt sich daher eine unterschiedliche Behandlung von Urkunden und anderen Beweismitteln nicht rechtfertigen.

Eine weitere Überlegung bestätigt dieses Ergebnis.

Henckel stellt darauf ab, daß das Beweisaufnahmeverfahren nicht in den Bereich freier Beweiswürdigung eingreifen solle, und begründet damit die unterschiedliche Behandlung der Beweismittel. Dem steht entgegen, daß in den Fällen des § 58o Ziff. 1 bis 4 ZPO eine erneute Beweiswürdigung nötig ist, da der Zivilrichter im Wiederaufnahmeverfahren nicht an die Feststellungen des Strafprozesses gebunden ist. Wenn aber in diesen Fällen die Beweise neu erhoben oder gewürdigt werden müssen, kann der Grund für die unterschiedliche Behandlung nachträglich aufgefundenen Urkunden und anderer Beweismittel nicht darin liegen, daß in den Bereich der freien Beweiswürdigung nicht eingegriffen werden solle.

146) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 102.

Vom Standpunkt der Lehre Henckels ist damit die unterschiedliche Behandlung nachträglich aufgefundener Urkunden und anderer Beweismittel nicht gerechtfertigt, eine Übereinstimmung mit dem Verwirkungsgedanken besteht insoweit nicht.

(2) Bedenken gegen die Begründung, die Henckel für die Restitutionsgründe des § 580 Ziff. 6 und 7 ZPO gegeben hat, bestehen aber nicht allein deshalb, weil seine Begründung die unterschiedliche Behandlung von Urkunden und anderen Beweismitteln nicht rechtfertigt. Darüberhinaus vermag er nicht überzeugungskräftig darzutun, warum zwar die neu aufgefundene Urkunde zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führt, neuer Tatsachenstoff hingegen nicht. Henckel erkennt an, daß § 580 Ziff. 6 und 7 ZPO auch Fälle erfassen kann, die in den Verantwortungsbereich der beschwerten Partei fallen. Die Restitution rechtfertigt er in diesen Fällen mit der Begründung, daß die Wiederaufnahmemöglichkeit durch § 582 ZPO auf die Fälle beschränkt werde, in denen das Urteil oder die Urkunden schuldlos zu spät aufgefunden oder vorgelegt würden. Die Vorlage von Urkunden, die dem Beweise der vorgetragenen Tatsachen dienen sollen, ist Aufgabe der beweisbelasteten Partei, das folgt aus dem Verhandlungsgrundsatz. Dieser Grundsatz, der den Zivilprozeß beherrscht, gibt den Parteien die Verantwortung für den Tatsachenvortrag und das Beweisvorbringen für die vorgetragenen Tatsachen. Es besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen den Aufgaben der Partei zu umfassendem Tatsachenvortrag und der Beibringung von Urkunden sowie anderen Beweismitteln zum Beweise dieser Tatsachen. Beide Tätigkeitsbereiche unterfallen der Parteiverantwortung. Mit weiterem Tatsachenvortrag wird die unterlegene Partei durch die materielle Rechtskraft aber auch dann ausgeschlossen, wenn er schuld-

los unterblieben ist, während neu aufgefundene oder benutzbar gewordene Urkunden die Restitution begründen, wenn sie schuldlos nicht früher vorgelegt werden konnten. Diese unterschiedliche Behandlung kann Henckels Begründung der Restitutionsgründe nicht rechtfertigen, da die Partei ihrer Verantwortung in beiden Fällen in gleicher Weise gerecht oder nicht gerecht geworden ist. Bestätigt wird das durch Henckels Begründung der materiellen Rechtskraft, denn dort führt er aus:

"Weicht das Urteil von der wirklichen Rechtslage ab, weil die unterlegene Partei ihr g ü n s t i g e T a t s a c h e n o d e r B e w e i s m i t t e l nicht vorgebracht hat, so muß sie sich entgegenhalten lassen, daß sie die im Prozeß reichlich gebotene Gelegenheit, sich Gehör zu verschaffen, nicht genutzt hat und der Gegner nun darauf vertrauen darf, daß der Prozeß abschließend und verbindlich entschieden ist."¹⁴⁷⁾ Diesem Gedanken würde der völlige Ausschluß mit neuem Tatsachen- und Beweisvorbringen, jedenfalls aber eine gleiche Behandlung schuldlos verspätet vorgebrachter Tatsachen und Beweismittel entsprechen. Die Regelung des § 580 Ziff. 7 b ZPO stimmt mit diesem Gedanken nicht überein.

dd) Fortbildung des Wiederaufnahmerechtes de lege ferenda

Nach Erörterung der einzelnen Wiederaufnahmegründe steht fest, daß Henckels Begründung für die Fälle der Wiederaufnahme des § 580 ZPO mit der gesetzlichen Regelung nicht übereinstimmt. Zugleich ist festgestellt, daß die vorhandene

147) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 96.

gesetzliche Regelung der Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens mit dem Gedanken der Verwirkung, den Henckel als Grundlage der materiellen Rechtskraft versteht, nicht zusammenpaßt.

Durch diese Feststellung ist allerdings noch keine endgültige Aussage darüber getroffen, daß die Verwirkung als Grundlage der materiellen Rechtskraft abzulehnen ist, denn es bleibt die Möglichkeit offen, daß die vorhandene gesetzliche Regelung der Wiederaufnahme des Verfahrens ihrer Aufgabe nicht gerecht wird oder der Gesetzgeber die bestehenden Zusammenhänge mit der materiellen Rechtskraft und ihren Grundgedanken nicht umfassend beachtet hat, so daß de lege ferenda auf eine Fortbildung der gesetzlichen Vorschriften hinzuwirken wäre. Auf diesem Wege könnte es dann zu einer Übereinstimmung zwischen der gesetzlichen Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens und der Rechtskraftlehre Wolfram Henckels kommen.

(1) Die Forderung nach gesetzlicher Erweiterung
der Restitutionsgründe

Die Forderung nach gesetzlicher Fortbildung der Restitutionsgründe ist in der Literatur mehrfach erhoben worden.¹⁴⁸⁾

Bis zu den Untersuchungen von Hans Friedhelm Gaul¹⁴⁹⁾ hat die herrschende Meinung § 58o ZPO als reine Billigkeitsmaßregel angesehen, die im Interesse der Gerechtigkeit eine

148) zuletzt Boehmer NJW 1955, 577; Blomeyer JZ 1955, 605.

149) Gaul, Wiederaufnahme S. 73 ff.

Korrektur der rechtskräftigen Entscheidung ermögliche. Die Restitutionsgründe wurden dabei als die Fälle gekennzeichnet, die einen besonders schweren und unerträglichen Verstoß gegen die Gerechtigkeit beinhalteten.¹⁵⁰⁾

Nun gibt es aber, wie diese Ansicht zu Recht erkannte, neben den Restitutionsgründen weitere Fälle, die die Gerechtigkeit ebenso schwer belasten wie die § 58o ZPO geregelten Fälle, die das Gesetz aber nicht als Restitutionsgründe zugelassen hat. Daraus folgert die früher herrschende Meinung, daß § 58o ZPO nur eine willkürliche Auswahl von Fällen betreffe, in denen die Zivilprozeßordnung im Interesse der Gerechtigkeit die Wiederaufnahme des abgeschlossenen Verfahrens ermögliche.¹⁵¹⁾ Diese Erkenntnis führte dann weiter zu der Forderung an den Gesetzgeber, die gesetzliche Regelung der Restitutionsgründe auszuweiten.

Diese Forderung wurde bereits von Stein erhoben.¹⁵²⁾ Er führte aus, die gesetzliche Begrenzung der Restitutionsgründe sei, wie wohl allseits anerkannt werde, zu eng. Das gelte besonders für die Beschränkung auf strafbare Handlungen, während objektiv rechtswidrige oder subjektiv unsittliche Handlungen keine Berücksichtigung fänden. Auch müsse das Erfordernis der vorgängigen strafgerichtlichen Verurteilung fallen. Nicht angemessen sei schließlich, daß die Auffindung anderer Beweismittel als Urkunden

150) RGZ 151, 206; OLG Köln FamRZ 1955, 53; BGH NJW 1952, 1095; Nikisch, Zivilprozeßrecht § 131 I S. 516; Reinicke NJW 1952, 6; Bülow AcP 83, 148; Schönke, Zivilprozeßrecht § 90 I S. 382.

151) Bernhardt ZZP 66, 77; Lent, Zivilprozeßrecht 9. Aufl. S. 215.

152) Stein, Grundriß S. 321.

außer Betracht blieben. Stein spricht damit einen wesentlichen Teil der Einschränkungen des Wiederaufnahmeverfahrens an, die zu Bedenken an Henckels Lehre geführt haben. Bei einer gesetzlichen Fortbildung des Wiederaufnahmerechtes in diese Richtung würden daher diese Bedenken gegen Henckels Lehre entfallen.

Nachdem sich in der Folge auch Hellwig¹⁵³⁾, Rosenberg¹⁵⁴⁾, Lent¹⁵⁵⁾, Nikisch¹⁵⁶⁾ und Schönke¹⁵⁷⁾ für eine gesetzliche Erweiterung der Restitutionsgründe ausgesprochen haben, konnte schließlich Bernhardt¹⁵⁸⁾ feststellen, es bestehe seit langem Einigkeit darüber, daß die Restitutionsgründe zu eng begrenzt seien und eine gesetzliche Ausdehnung notwendig sei, um in den weiteren Fällen, in denen die Bindung an das rechtskräftige Urteil die Gerechtigkeit erheblich beeinträchtige, eine Überprüfung der rechtskräftigen Entscheidung zu ermöglichen.

153) Hellwig, System I S. 865.

154) Rosenberg, Zivilprozeßrecht 8. Aufl. § 157.

155) Lent, Zivilprozeßrecht 9. Aufl. S. 203.

156) Nikisch, Zivilprozeßrecht S. 517.

157) Schönke, Zivilprozeßrecht § 90 I S. 386.

158) Bernhardt ZZP 66, 79.

(2) Die Ansicht Hans Friedhelm Gauls

Gegen diese Forderung nach gesetzlicher Ausweitung der Restitutionsgründe hat sich Gaul gewandt. Er sieht den Grund für die Restitution, die das Gesetz ermöglicht, nicht in der Ungerechtigkeit des Urteils schlechthin, sondern in der liquiden und evidenten Erschütterung der Urteilsgrundlagen.¹⁵⁹⁾ Den Restitutionsgründen liegt nach seiner Auffassung der gemeinsame Gedanke zugrunde, daß sich "der Angriff gegen das rechtskräftige Urteil auf solche Grundlagen stütze, die angesichts ihrer besonderen tatsächlichen oder gesetzlichen Beweiskraft die Unrichtigkeit der Urteilsgrundlage in einem solchen Maße offenkundig machten, daß eine grobe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, es wäre anders entschieden worden, wenn die in diesen Beweisgrundlagen verkörperten, schon zur Zeit des früheren Verfahrens vorhandenen Tatsachen hätten berücksichtigt werden können."¹⁶⁰⁾

Bei seinen Untersuchungen geht Gaul von § 580 Ziff. 7 b ZPO aus und stellt fest, daß es unter dem Aspekt "Schwergewicht des Unrechts" nicht einleuchten könne, warum die Urkunde den Vorzug genießen solle vor Fällen, in denen andere Beweismittel eine Unrichtigkeit des Urteils belegen könnten. Keine Unterschiede im Unrechtsgehalt sieht er auch zwischen einem Sittenverstoß im Sinne des § 826 ZPO und einem der Straftatbestände des

159) Gaul, Wiederaufnahme S. 83.

160) Gaul, Wiederaufnahme S. 73 bis 83, insbesondere 83.

§ 58o ZPO. Er fordert deshalb jedoch nicht die Gleichstellung dieser Sachverhalte, sondern sucht nach Gründen, die den Gesetzgeber zu unterschiedlicher Behandlung dieser Fälle veranlaßt haben könnte. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, daß es die Evidenz der Fehlerhaftigkeit von Urteilsgrundlagen sei, die die Begründung für die unterschiedliche Behandlung beinhalte und der gesetzlichen Regelung des § 58o ZPO zugrundeliege.¹⁶¹⁾

Die Restitutionsgründe von § 58o Ziff. 1 bis 5 ZPO erfassen die Fälle, in denen strafbare Handlungen die Urteilsfindung beeinflußt haben. Die Restitutionsklage ist gemäß § 581 ZPO allerdings noch davon abhängig, daß eine rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilung erfolgt oder die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann. Mit der strafgerichtlichen Verurteilung wird aber nach Auffassung von Gaul offenkundig, daß die zivilgerichtliche Entscheidung von Voraussetzungen ausgegangen sei, die sich jetzt im Zuge des Strafverfahrens als falsch erwiesen hätten. Damit sei zwar nicht mit rechtlicher bindender Wirkung festgestellt, daß die Entscheidung des Zivilgerichtes heute anders ausfallen müsse. Auf Grund der tatsächlichen Beweiskraft strafgerichtlicher Verurteilung spreche aber eine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Teil des Urteilsstoffes, der heute mit dem Restitutionsgrund angegriffen werde, bei erneuter Überprüfung anders entschieden würde. Da die Restitutionsgründe des § 58o Ziff. 1 bis 5 ZPO aber nur die Fälle erfaßten, in denen der mit dem Restitutionsgrund angegriffene Teil des Urteilsstoffes für die ergangene Entschei-

161) Gaul, Wiederaufnahme S. 83.

dung kausal sei, bestünden damit zugleich begründete und offenkundige Zweifel an der Richtigkeit der ergangenen Entscheidung.¹⁶²⁾

Die gleichen Gesichtspunkte begründen nach Auffassung von Gaul die Restitution auch im Falle von § 580 Ziff. 6 ZPO. § 580 Ziff. 6 ZPO setzt voraus, daß das Urteil eines ordentlichen Gerichtes, eines früheren Sondergerichtes oder eines Verwaltungsgerichtes, auf das die ergangene Entscheidung gegründet ist, durch rechtskräftiges Urteil aufgehoben wurde. Auch damit wird nach Auffassung von Gaul ein Widerspruch zu den Grundlagen der anzugreifenden Entscheidung offenbar, der auf Grund der tatsächlichen Beweiskraft der aufhebenden Entscheidung die hohe Wahrscheinlichkeit begründe, daß die ergangene Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die Vorentscheidung bereits bei der Urteilsfindung über die angegriffene Entscheidung aufgehoben gewesen wäre.¹⁶³⁾

Auf die Begründung evidenter Fehlerhaftigkeit der Urteilsgrundlage führt Gaul schließlich auch § 580 Ziff. 7 a und Ziff. 7 b zurück.¹⁶⁴⁾ Die Erklärung für die unterschiedliche Behandlung von Urkunden und anderen Beweismitteln sieht er danach darin, daß den Urkunden anders als den übrigen Beweismitteln gesetzliche Beweiskraft zukomme, so daß mit ihrem Auffinden die Fehlerhaftigkeit der Urteilsgrundlagen der ergangenen Entscheidung ebenfalls evident belegt sei und die große Wahrscheinlichkeit bestehe, daß die Entscheidung bei frühzeitigem Auffinden anders ausgefallen wäre.

162) Gaul, Wiederaufnahme S. 77 ff, insbesondere 79 f.

163) Gaul, Wiederaufnahme S. 77 ff.

164) Gaul, Wiederaufnahme S. 88 ff, insbesondere 98/99.

Eine Erweiterung der Restitutionsgründe de lege ferenda kann nach Gauls Ansicht nicht in Betracht kommen, soweit es darum geht, die Restitution auf weitere grobe Verstöße gegen die Gerechtigkeit auszuweiten. Denn nach seiner Auffassung hat der Gesetzgeber in § 580 ZPO keineswegs eine willkürliche Regelung getroffen, sondern die Restitutionsgründe am Prinzip der Beweissicherheit ausgerichtet und auf eine Korrektur offenkundiger Mängel in der Tatsachenfeststellung angelegt.¹⁶⁵⁾ Eine gesetzliche Erweiterung könnte deshalb allenfalls für vergleichbar evidente Fälle von Fehlern der Urteilsgrundlagen in Betracht kommen. Insoweit bedarf es jedoch nach der Ansicht von Gaul keiner gesetzlichen Erweiterung der Restitutionsgründe, da diese Fälle durch analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschrift erfaßt werden können.¹⁶⁶⁾

(3) Stellungnahme

(a) Gaul hat erstmals ein gemeinsames Prinzip für alle Restitutionsgründe gefunden, das über die allgemeinen Grundsätze von Billigkeit und Gerechtigkeit hinausgeht. Seine Begründung für die gesetzliche Regelung des § 580 ZPO hat in der Literatur Zustimmung erfahren, wobei allerdings die Einschränkung gemacht wird, daß das Restitutionsprinzip nicht nur die evidente Erschütterung der Beweisgrundlagen, sondern auch die offenkundig falsche Rechtsanwendung erfasse, die im Falle der Rechtsbeugung

165) Gaul, Wiederaufnahme S. 216/217.

166) Gaul, Wiederaufnahme S. 216.

durch das Gericht die Restitution begründe.¹⁶⁷⁾

Das Prinzip evidenter Erschütterung der Urteilsgrundlagen bleibt dabei jedoch erhalten.

Gaul weist auch nach, daß seine Begründung für die Restitution des § 58o ZPO bereits in den Motiven zur Zivilprozeßordnung eine Stütze findet. Denn wenn es dort heißt, daß "die Aufrechterhaltung der Zivilerkenntnisse dem Rechtsgefühl widerspreche, wenn die Falschheit des dem Urteil zugrunde liegenden Eides rechtskräftig im Strafverfahren festgestellt sei"¹⁶⁸⁾, und an anderer Stelle, daß "die Tatsache der Verurteilung oder Freisprechung im Strafverfahren ein sehr bedeutsames Moment für die Begründung der Überzeugung des Richters im Zivilprozeß sei"¹⁶⁹⁾, so zeigt das, daß für den Gesetzgeber nicht der Grad der Ungerechtigkeit, sondern der Nachweis der Unrichtigkeit einer Urteilsgrundlage im Vordergrund stand.¹⁷⁰⁾

Bedenken gegen die Lehre Hans Friedhelm Gauls könnten sich aber aus § 581 Abs. 1 Satz 2 ZPO ergeben, weil es danach für die Durchführung der Wiederaufnahme gemäß § 58o Ziff. 1 bis 5 ZPO auch genügt, daß die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann.

167) Stein-Jonas-Grunsky § 58o Anm. I 1; Lent ZZP 7o, 398; Bruns FamRZ 57, 2o2; Schlosser ZZP 79, 187; Stein-Jonas-Schumann/Leipold 18. Aufl. vor § 578 Rdn. 64.

168) Hahn-Stegemann S. 38o.

169) Hahn-Stegemann S. 381.

17o) Gaul, Wiederaufnahme S. 77, 78.

In diesem Falle fehlt es daher an einer evidenten Erschütterung der Urteilsgrundlagen. Dieses Bedenken läßt Gaul jedoch nicht zu, da § 581 Abs. 1 ZPO deutlich mache, daß die vorausgegangene strafgerichtliche Verurteilung der Regelfall sei und es daneben nur ausnahmsweise zur Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens komme, wenn es aus bestimmten Gründen unmöglich sei, eine strafgerichtliche Verurteilung zu erreichen. Diese Ausnahme habe der Gesetzgeber aus Billigkeitserwägungen heraus gemacht. Dadurch, daß er diesen Fall als Ausnahme ausgestaltet habe, werde zugleich die Regel bestätigt.¹⁷¹⁾

(b) Hans Friedhelm Gaul hat mit seinen Untersuchungen ein einheitliches Restitutionsprinzip gefunden, das alle Fälle des § 580 ZPO erfaßt und eine Gesetzesfortbildung nicht erfordert. Die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften sind damit begründet. Die Frage, ob diese gesetzliche Regelung der ihr gestellten Aufgabe gerecht wird, ist allerdings noch nicht abschließend entschieden. Denn dazu genügt es nicht, die Grundprinzipien der gesetzlichen Regelung herauszufinden, sondern es ist zu untersuchen, ob die Regelung, die der Gesetzgeber getroffen hat und die Prinzipien, die diesen Vorschriften zugrundeliegen, dem Zweck der Wiederaufnahme gerecht werden.

Die Bestimmungen des Wiederaufnahmerechtes haben Ausnahmecharakter, darauf wurde bereits in den Motiven zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung hingewiesen¹⁷²⁾, diese

171) Gaul, Wiederaufnahme S. 85.

172) Hahn-Stegemann S. 378.

Ansicht wird in Rechtsprechung und Literatur einhellig vertreten.¹⁷³⁾ Ihr Zweck wird allgemein darin gesehen, einen Ausgleich in dem zwischen der Rechtskraft und der materiellen Gerechtigkeit möglichen Spannungsverhältnis zu schaffen.¹⁷⁴⁾ Die Aufgaben des Wiederaufnahmerechtes können daher nur aus dem Funktionszusammenhang mit der materiellen Rechtskraft festgelegt werden.¹⁷⁵⁾ Hans Friedhelm Gaul sieht die Funktion der materiellen Rechtskraft in der Sicherstellung des Geltungsbestandes des richtigen Urteils. Das unrichtige Urteil wird nach seiner Auffassung von der materiellen Rechtskraft miterfaßt, weil das staatliche Interesse an Stabilität und Kontinuität der einmal zur Geltung gebrachten Ordnung diese Rechtssicherheit erfordere.¹⁷⁶⁾ Bei dieser Aufgabenstellung der materiellen Rechtskraft ist es

173) BGHZ 2, 245; BAG AP § 850 Nr. 5; Gaul, Wiederaufnahme S. 34 ff; Johannsen Festschrift zum 45. DJT S. 82; Rosenberg-Schwab § 160 I.

174) BGHZ 39, 179; BGH LM ZPO 578 Nr. 2; Johannsen Festschrift zum 45. DJT S. 82; Nikisch, Zivilprozeßrecht S. 506; Bernhardt ZP 66, 77 und 95; auch Gaul, Wiederaufnahme S. 76, der allerdings für den Fall des § 580 Ziff. 7 a ZPO eine Ausnahme macht.

175) Johannsen, Festschrift zum 45. DJT S. 83 ff; Gaul, Wiederaufnahme S. 88.

176) Gaul, Wiederaufnahme S. 92.

konsequent, wenn die Wiederaufnahme auf die Fälle beschränkt wird, wo die Urteilsgrundlagen evident erschüttert sind. Denn dort, wo die Grundlagen des Urteils offenkundig falsch sind, kann die staatliche Autorität kein Interesse am Fortbestand des Urteils haben, während in den Fällen, wo diese evidente Fehlerhaftigkeit nicht gegeben ist, das staatliche Interesse den Fortbestand des Urteils fordert.¹⁷⁷⁾

Wer dagegen im Unterschied zu der Lehre Hans Friedhelm Gauls die Rechtskraft des unrichtigen Urteils vorrangig auf die Sicherheit des subjektiven Rechtes und die Schutzwürdigkeit der Interessen der obsiegenden Partei stützt¹⁷⁸⁾, der wird sich mit der Begründung der Wiederaufnahme, die allein auf die evidente Erschütterung der Urteilsgrundlagen abstellt, nicht zufriedengeben. Er muß die Begründung in der mangelnden Schutzwürdigkeit der obsiegenden Partei suchen und müßte konsequent eine gesetzliche Fortbildung der Wiederaufnahmegründe fordern, da § 580 ZPO eben nicht alle Fälle beinhaltet, in denen die unterlegene Partei schutzwürdiger ist als die obsiegende.¹⁷⁹⁾

Damit schließt sich der Kreis und es wird offenbar, daß die Zulässigkeit und die Forderung gesetzlicher Erweiterung der Restitutionsgründe vom Verständnis der materiellen Rechtskraft abhängig sind.

177) Vgl. auch Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 99.

178) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 94 ff.

179) Vgl. oben S. 77, 78.

(4) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß zwar die vorhandene gesetzliche Regelung der Restitutionsgründe mit Henckels Verständnis der materiellen Rechtskraft nicht übereinstimmt. Entscheidende Bedenken gegen Henckels Lehre sind allein daraus aber noch nicht herzuleiten, da die Forderung nach gesetzlicher Erweiterung und Anpassung der Restitutionsgründe zu erheben ist, wenn die weitere Prüfung der Lehre Henckels sein Verständnis der materiellen Rechtskraft bestätigt.

VI. Verwirkung und materielle Rechtskraft

1.) Verwirkung

Das Rechtsinstitut der Verwirkung beruht auf richterlicher Rechtsschöpfung. Die Verwirkung ist als ein Unterfall unzulässiger Rechtsausübung anerkannt, die ihre Grundlage ihrerseits in § 242 BGB hat, und erfaßt die Fälle illoyal verspäteter Rechtsausübung. Die Rechtsfolge ist, daß der Berechtigte sein Recht nicht mehr ausüben darf.

a) Grundlagen der Verwirkungslehre

Der Durchsetzung von Ansprüchen und der Geltendmachung sonstiger Rechte hat der Gesetzgeber mit Hilfe von Verjährungs- und Ausschlußfristen zeitliche Grenzen gesetzt. Diese Fristen dienen dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit. Das subjektive Interesse des säumigen Gläubigers, zu seinem behaupteten Recht zu kommen, soll hinter

dem objektiven Interesse an der Vermeidung oft aufreißenden Streitiges über mehr oder weniger weit zurückliegende Sachverhalte zurücktreten.¹⁸⁰⁾

Im Hinblick auf diesen Zweck entspricht aber die vom Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem früheren Recht übernommene Länge¹⁸¹⁾ der Verjährungsfristen nicht mehr den Bedürfnissen unserer heutigen schnellebigen Zeit.¹⁸²⁾

Zwar unterliegt auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Reihe wichtiger Ansprüche kürzeren Verjährungsfristen.

Zins- und Rentenansprüche verjähren in 4 Jahren

(§ 197 BGB), Ansprüche aus unerlaubter Handlung in 3 Jahren

(§ 852 BGB) und Forderungen aus dem Geschäftsverkehr des

täglichen Lebens in 2 Jahren (§ 196 BGB). Für gewisse

Einstands- und Ersatzansprüche des Schuldrechtes gilt

sogar eine noch kürzere Verjährungsfrist von nur 6 Monaten

oder einem Jahr (§§ 477, 558, 638). Die regelmäßige Ver-

jährungsfrist beträgt jedoch gemäß § 195 BGB 30 Jahre.

Ihr unterfallen wirtschaftlich nicht minder bedeutsame

Ansprüche wie etwa der Lieferungsanspruch des Käufers,

der Rückgabeanspruch des Vermieters, des Verpächters und

180) Motive, Amtliche Ausgabe Band I S. 289, 291.

181) Gemeinrechtlich verjährten Ansprüche in der Regel nach 30 Jahren. Vgl. Codex Justinianus VII 39, 3 pr. Ebenso nach dem preuss. ALR I 9 § 546, dem code civil Art. 262, dem sächs. GB § 150, dem hess. Gesetz Art. 8 Abs. 1, dem österreichischen Gesetzbuch § 1478, 1486.

182) Bereits vor der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurden Bedenken gegen die Länge der Verjährungsfristen geäußert, die schon damals damit begründet wurden, daß die Zeit schnellebiger geworden sei. Vgl. Motive Band I S. 296.

Darlehensgebers, der Eigentumsherausgabeanspruch gemäß § 985 BGB und seine Folgeansprüche, die Bereicherungsansprüche des § 812 ff BGB sowie die Ansprüche des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer gemäß §§ 2018 ff BGB. Kurze Ausschlußfristen ordnet das Gesetz hauptsächlich bei Gestaltungsrechten an und auch dort nicht in allen Fällen.¹⁸³⁾ Verjährungs- und Ausschlußfristen knüpfen überdies grundsätzlich nur an das objektive Kriterium des Zeitablaufes an. Die Umstände des Einzelfalles, die den Betroffenen zu der Erwartung veranlaßt haben, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen, oder die aus anderen Gründen eine weitere Inanspruchnahme ungerechtfertigt erscheinen lassen, bleiben unberücksichtigt.

Bedingt durch die allgemeine Beschleunigung des Wirtschaftsverkehrs entstand daher im praktischen Rechtsleben das Bedürfnis, eine Regelung zu treffen, durch die die Ausübung von Ansprüchen und Rechten verhindert wurde, die zwar nach den gesetzlichen Vorschriften noch ausgeübt werden konnten, deren Geltendmachung jedoch nach einem gewissen Zeitablauf auf Grund besonderer Umstände bei gerechter Abwägung der Interessen im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstieß. Auf dieser Grundlage haben Wissenschaft und Rechtsprechung das Institut der Verwirkung geschaffen und damit in Ergänzung der Verjährungs- und Ausschlußfristen eine weitere Beschränkung der Rechtsausübung, die an den Zeitablauf und die Umstände des Einzelfalles anknüpft.

183) Ausschlußfristen kennt das Gesetz bei Gestaltungsrechten z.B. in §§ 121, 124, 148, 532, 1339, 1944, 1994 BGB. Gelegentlich unterliegen auch Ansprüche Ausschlußfristen. Vgl. dazu §§ 561 Abs. 2, 801 Abs. 1 Satz 1, 864, 967, 1002 BGB.

b) Historische Entwicklung

Vorläufer der Verwirkungslehre finden sich bereits in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes, das dem Verkäufer unter dem Gesichtspunkt illoyaler Verspätung verbot, aus einem treuwidrig verzögerten Selbsthilfeverkauf Rechte gegen den Käufer herzuleiten.¹⁸⁴⁾ Ferner wurde der Gedanke illoyaler Verspätung in der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf die Ausübung von Rücktritts-¹⁸⁵⁾ und Kündigungsrechten¹⁸⁶⁾ und schließlich ganz allgemein auf die Geltendmachung vertraglicher Ansprüche angewandt.¹⁸⁷⁾ Speziell die Lehre von der Verwirkung wurde vom Reichsgericht in der sog. freien Aufwertung entwickelt.¹⁸⁸⁾ Durch die Inflation nach dem ersten Weltkrieg hatte sich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bestehender Verträge erheblich verschoben. Um grobe Ungerechtigkeiten zu vermeiden, nahm das Reichsgericht zunächst in freier richterlicher Rechts-

184) Vgl. ROHG 9, 12; 23, 85.

185) RGZ 60, 348; 88, 261; 90, 423; 107, 106.

186) RG JW 1910, 107.

187) RGZ 91, 355; 95, 305.

188) Zur Entwicklung der Aufwertungslehre im einzelnen vgl. Staudinger-Weber § 242 Rdn. F 1 ff.

schöpfung eine Aufwertung der Geldleistung vor, die auf der Grundlage des § 242 BGB das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wiederherstellen sollte.¹⁸⁹⁾ Der Gläubiger der Geldleistung hatte danach gegen den Schuldner einen Anspruch auf Anpassung der Geldleistung an die veränderten Verhältnisse. Da es sich bei dieser Aufwertung jedoch um einen außergewöhnlichen Eingriff in die Vertragsgestaltung mit einschneidenden wirtschaftlichen Folgen für den Geldschuldner handelte, gab das Reichsgericht dem Gläubiger der Geldleistung diesen Anspruch nicht unbeschränkt. Im Interesse des Geldschuldners verlangte es vielmehr schnelle Klarheit darüber, ob der Gläubiger von seiner Möglichkeit Gebrauch machen wollte oder nicht. Deshalb versagte es den Anspruch, wenn der Gläubiger trotz Kenntnis durch sein untätiges Verhalten das berechtigte Vertrauen des Geldschuldners begründet hatte, er werde seinen Aufwertungsanspruch nicht geltend machen.

Dieses Rechtsausübungshindernis bezeichnete das Reichsgericht als Verwirkung, seine Grundlage sah es in § 242 BGB.¹⁹⁰⁾

Die hier entwickelten Grundsätze der Verwirkung wandten die Gerichte dann alsbald auch im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes¹⁹¹⁾ und im Arbeitsrecht¹⁹²⁾ an. Trotz einiger widersprechender Tendenzen in der

189) Grundlegend die Urteile RGZ 100, 129 vom 21.1.1929 und RGZ 106, 7 vom 2.1.1923.

190) RGZ 107, 108; 110, 123; weitere Nachweise bei Staudinger-Weber, § 242 Rdn. F 50.

191) Vgl. RGZ 134, 38; 143, 175; RG JW 1933, 53.

192) RAG Arbsamml. 16, 42; 26, 7; 27, 14; 28, 121; RGZ 22, 49; RAG JW 128, 1910.

Rechtsprechung¹⁹³⁾ blieb die Lehre der Verwirkung in der Folgezeit nicht auf diese Rechtsgebiete beschränkt, sondern wurde allmählich auf das gesamte Zivilrecht ausgedehnt.¹⁹⁴⁾ Heute ist anerkannt, daß die Grundsätze der Verwirkung im gesamten Bereiche des Privatrechtes Anwendung finden.¹⁹⁵⁾

- 193) Der IV., V. und VII. Zivilsenat des Reichsgerichtes hatten anfänglich die Anwendung des Verwirkungsgedankens außerhalb dieser drei Sondergebiete abgelehnt. Vgl. dazu: die Entscheidung des IV. Zivilsenates RGZ 135, 374 vom 17.3.1932; die Entscheidung des V. Zivilsenates RGZ 149, 352 vom 27.11.1935 und die Entscheidungen des VII. Zivilsenates RGZ 144, 22 vom 17.4.1934 und vom 10.11.1936 veröffentlicht JW 1937, 690.
- 194) Der IV. Zivilsenat ist bereits mit dem Urteil vom 5.12.1932 RGZ 139, 83 umgeschwenkt und hat sich in späteren Entscheidungen eindeutig für die Anwendung des Verwirkungsgedankens auf das gesamte bürgerliche Recht ausgesprochen. Vgl. RGZ 144, 85; RG DR 1940, 1186 Nr. 3. Der V. und der VII. Zivilsenat haben ihre Ansicht mit den Entscheidungen RGZ 155, 148, 151 und RG JW 1938, 525 geändert. Für die Anwendung des Verwirkungsgedankens im gesamten Bereich des Privatrechtes ist insbesondere der II. Zivilsenat eingetreten. Vgl. dazu die Entscheidungen RG JW 1935, 1841, 2490.
- 195) Aus der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur vgl. insoweit nur die Darstellungen bei Böhmer, Grundlagen II 2 § 27 B; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 281 ff sowie die grundlegende Darstellung von Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 1 ff.

c) Voraussetzungen für die Verwirkung der
Rechtsausübung

Die Verwirkung erfaßt die Fälle illoyal verspäteter Rechtsausübung. Es müssen besondere Umstände gegeben sein, die die verspätete Geltendmachung des Rechtes als einen Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen und die Inanspruchnahme des Schuldners unzumutbar machen. Der Zeitablauf genügt für sich allein nicht.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß jeder Schuldner seine Verpflichtung zu erfüllen hat und im Rahmen der Verjährungs- und Ausschlußfristen in Anspruch genommen werden kann. Die Verwirkung tritt erst dann ein, wenn der Schuldner dem Verhalten des Gläubigers, das zur verspäteten Geltendmachung des Rechtes geführt hat, entnehmen mußte, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so daß er sich darauf einrichten durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden und sich hierauf auch eingerichtet hat.

In diesem Zusammenhang sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Die Verwirkung ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, an dessen Eingreifen strenge Anforderungen zu stellen sind. Nur wenn die besonderen Umstände des Einzelfalles im Zusammenhang mit dem Zeitablauf eine erhöhte Schutzwürdigkeit vor weiterer Inanspruchnahme begründen, schließt die Verwirkung die Geltendmachung des Rechtes aus.¹⁹⁶⁾

Eine Verwirkung kann deshalb nicht eintreten, wenn dem Schuldner ein längeres Zuwarten zuzumuten ist, weil der Gläubiger aus persönlichen Gründen oder infolge außer-

¹⁹⁶⁾ Vgl. nur Siebert S, 172 f; Ermann-Sirp § 242 Rdn. 84 f; Siebenhaar JR 1962, 88 ff; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 293 ff mit weiteren Nachweisen.

gewöhnlicher Zeitumstände an der alsbaldigen Geltendmachung seiner Rechte gehindert war.¹⁹⁷⁾ Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger alles Zumutbare getan hat, sein Recht geltend zu machen¹⁹⁸⁾, oder wenn der Schuldner sich unredlich verhalten und dadurch die verspätete Geltendmachung des Rechtes veranlaßt hat.¹⁹⁹⁾

2.) Die Bindung an das Urteil auf Grund Verwirkung der Rechtsausübung

a) Die Verwirkung im Zivilprozeß

Nach herrschender Meinung sind die Grundsätze der Verwirkung auch im Prozeßrecht anzuwenden. Sie können im Einzelfall die prozessualen Befugnisse der Partei mit Hilfe des Verwirkungsgedankens beschränken. Da die Ausübung prozessualer Befugnisse aber im allgemeinen an kurze Fristen gebunden ist, ist der Anwendungsbereich der Verwirkung prozessualer Befugnisse nicht groß.²⁰⁰⁾

197) Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 296.

198) BAG AP Nr. 1 zu § 242; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 300.

199) RGZ 158, 100, 109; BGHZ 25, 47, 52 OGH NJW 1949, 22; Ermann-Sirp § 242 Rdn. 85; Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 297.

200) Vgl. hierzu Soergel-Siebert-Knopp zu § 242 Rdn. 300; Griebeling, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse S. 1 f; Baumgärtel ZZP 67, 423 ff; Dahns S. 12 f.

Wolfram Henckel geht es nicht darum, mit Hilfe des Verwirkungsgedankens prozessuale Befugnisse im Einzelfall zu beschränken, sondern nach seiner Ansicht ist der Gedanke der Verwirkung die Grundlage für die Präklusionsnormen des Prozeßrechtes und insbesondere für die Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft.²⁰¹⁾

Seine Auffassung ist, daß die unterlegene Partei durch die materielle Rechtskraft auch an das unrichtige Urteil gebunden werde, weil sie die im Prozeß reichlich gebotene Gelegenheit, sich Gehör zu verschaffen, nicht genutzt habe und der Gegner nun darauf vertrauen dürfe, daß der Rechtsstreit abschließend und verbindlich entschieden sei, nachdem beide Parteien ihren Standpunkt darlegen konnten. Deshalb habe die unterlegene Partei die weitere Ausübung ihres Rechtes verwirkt.²⁰²⁾

b) Rechtsanwendungsfehler

Ein Urteil kann aber nicht nur unrichtig sein, weil die unterlegene Partei ihr günstige Tatsachen und Beweismittel nicht vorträgt, es kann auch deshalb mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmen, weil der Richter sich geirrt hat. Er kann die erhobenen Beweise falsch gewürdigt oder angetretene Beweise zu Unrecht abgelehnt haben. Die Entscheidung kann unrichtig sein, weil der Richter seine Aufklärungspflicht verletzt oder bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO seine Überzeugung falsch gebildet hat. Schließlich können ihm bei der Anwendung des materiellen Rechtes auf den festgestellten Sachver-

201) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 93 ff.

202) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 96.

halt Fehler unterlaufen sein, die zu einer der materiellen Rechtslage widersprechenden Entscheidung geführt haben. Auch nach Ausschöpfung aller möglichen Rechtsmittel kann das Urteil unrichtig sein, weil das Gericht Fehler gemacht hat. Mit Rechtskraft des Urteils wird die unterlegene Partei auch an diese Entscheidung gebunden, ohne daß eine Erneuerung des Rechtsstreites möglich ist. Der Grund für diese Bindung kann aber nicht in der Verwirkung der Rechtsausübung liegen. Für diesen Bereich bedarf es vielmehr auch nach Ansicht Henckels einer anderen Begründung.²⁰³⁾ Die Verwirkung kann also nicht stets, sondern allenfalls dort, wo die Partei ihren Möglichkeiten nicht nachgekommen ist, die Bindung an das Urteil begründen.

c) Vertrauensschutz des Prozeßgegners als
Grundlage der Präklusion

Die Verwirkung setzt neben einem gewissen Zeitablauf besondere Umstände voraus, die die weitere Inanspruchnahme des Schuldners unzumutbar machen. Das Verhalten des Berechtigten muß dazu geführt haben, daß sich der Anspruchsgegner darauf einrichten durfte, er werde nicht mehr in Anspruch genommen werden, und sich hierauf auch eingerichtet hat. Diese Voraussetzungen können auch im Prozeß gegeben sein, so daß der Ausschluß weiteren Parteivorbringens mit dem Verwirkungsgedanken in diesen Fällen übereinstimmt. Als Grundlage für den durch die

203) Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 20.

materielle Rechtskraft angeordneten Ausschluß weiteren Parteivorbringens kommt die Verwirkung jedoch nur dann in Betracht, wenn am Ende des Prozesses regelmäßig das begründete Vertrauen der Prozeßpartei bestünde, der Prozeßgegner werde weitere Tatsachen und Beweismittel nicht mehr vorbringen und sein Recht weiter nicht mehr verfolgen.

aa) Einzelfälle

Diese Frage soll zunächst an Hand einiger Einzelfälle erörtert werden.

(1) Ein Ehepaar schließt im Jahre 1968 gemeinsam einen Darlehensvertrag, das Darlehen wird alsbald ausgezahlt. Noch bevor etwas zurückgezahlt ist, lassen sich die Eheleute scheiden. Im Jahre 1976 nimmt der Rechtsnachfolger des Darlehensgebers die Ehefrau in voller Höhe auf Rückzahlung des Darlehens in Anspruch. Die beklagte Ehefrau weiß, daß ihr geschiedener Ehemann bereits bestimmte Beträge zurückgezahlt hat, kennt jedoch nicht den Umfang und besitzt keine Beweise. Im Prozeß bestreitet der Rechtsnachfolger des Darlehensgebers, daß die Zahlungen erbracht worden seien. Die Beklagte trägt daraufhin vor, daß sie bemüht sei, die Daten und den Umfang der Zahlungen in Erfahrung zu bringen und nachzuweisen. Es gelingt ihr jedoch zunächst deshalb nicht, weil sie ihren geschiedenen Ehemann nicht auffinden kann. Unter diesen Umständen aber kann der Prozeßgegner nicht darauf vertrauen, die Beklagte werde von den erwähnten Möglichkeiten keinen Gebrauch mehr machen. Wenn die Beklagte ihren geschiedenen Ehemann im Laufe des Prozesses nicht auffindet und deshalb ihren Vortrag nicht in der angekündigten Weise ergänzen kann, so

kann die Verwirkung einen Ausschluß späteren Vorbringens nicht begründen.

In allen den Fällen, wo die Partei im Prozeß auf bestimmte Tatsachen oder Beweismittel hinweist, die sie im Augenblick nicht präsent hat, von denen sie aber bekannt gibt, daß sie sie noch in den Prozeß einführen wird, wenn sie diese rechtzeitig auffindet, kann die Verwirkung den Ausschluß verspäteten Vorbringens nicht begründen. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens wird jedoch nur dann möglich, wenn die unterlegene Partei später beweiskräftige Urkunden in die Hand bekommt oder der Prozeßgegner wegen eines Betruges verurteilt wird. Darüber hinaus bleibt die unterlegene Partei an die Entscheidung gebunden, auch wenn eine Verwirkung der Rechtsausübung nicht vorliegt.

(2) Im materiellen Recht tritt eine Verwirkung ferner dann nicht ein, wenn der Berechtigte auf das Sorgfältigste verfahren ist und alles ihm Zumutbare getan hat, sein Recht durchzusetzen.²⁰⁴⁾ Im Prozeß hindert dieser Umstand dagegen den Eintritt der materiellen Rechtskraft nicht, er führt auch nicht zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens²⁰⁵⁾, so daß es auch insoweit an einer Übereinstimmung von Rechtskraft und Verwirkung fehlt.

204) Soergel-Siebert-Knopp zu § 242 Anm. 300.

205) Darauf weist auch Bötticher in seiner Buchbesprechung zu Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht ZZP 85, 20 hin.

(3) Zwei Entscheidungen des Kammergerichtes²⁰⁶⁾ und des Oberlandesgerichtes Kassel²⁰⁷⁾ gehen von Sachverhalten aus, die ebenfalls zu Bedenken gegen Henckels Begründung der materiellen Rechtskraft führen.

(a) Die Ehefrau hatte ein Scheidungsurteil erwirkt, nach dem ihr Ehemann die alleinige Schuld an der Scheidung trug. Verschwiegen hatte die Ehefrau, daß sie selbst Ehebruch begangen hatte. Auf Grund des Scheidungsurteiles und der festgestellten Alleinschuld nahm sie den Ehemann dann auf Unterhalt in Anspruch. Das Kammergericht stellte fest, die Ehefrau habe gewußt, daß der Ehemann bei Kenntnis der Sachlage seine Widerklage auf ihre Eheverfehlung gestützt hätte. Unterhaltsansprüche hätten ihr dann nicht zugestanden. Eine Verwirkung der Rechtsausübung durch den Ehemann kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht. Denn die Ehefrau wußte, daß ihr Ehemann weitere Möglichkeiten hatte, sein Ziel zu verfolgen, und diese Möglichkeit auch genutzt hätte, falls sie ihm bekannt gewesen wäre. Auch nachdem der Instanzenzug ausgeschöpft war, konnte sie seinem Verhalten im Prozeß nicht entnehmen, daß der Prozeß abschließend und verbindlich entschieden sei und der Mann von weiteren Möglichkeiten keinen Gebrauch mehr machen werde, falls sie ihm bekannt würden. Gleichwohl ist die Alleinschuld des Ehemannes rechtskräftig festgestellt und begründet seine Unterhaltspflicht. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist nicht möglich, da die Ehefrau auch angesichts der Wahrheitspflicht des § 138 ZPO nicht verpflichtet war, den sie belastenden Ehebruch zu offenbaren, so daß ein Prozeßbetrug ausscheidet und damit der Restitutionsgrund des § 580 Ziff. 4 ZPO nicht eingreifen kann.

206) JW 1937, 2972 Nr. 15.

207) HRR 1937, 1462.

Da nach Henckels Lehre eine Durchbrechung der Rechtskraft mit Hilfe des § 826 BGB nicht in Betracht kommt²⁰⁸⁾, bleibt der Ehemann an die ergangene Entscheidung gebunden, obwohl eine Verwirkung der Rechtsausübung nicht vorliegt.

(b) Das gleiche gilt im Falle der angeführten Entscheidung des Oberlandesgerichtes Kassel. In diesem Falle ist die Ehe der Parteien aus dem alleinigen Verschulden der Ehefrau geschieden worden. Nach Eintritt der Rechtskraft erfuhr die Frau, daß ihr Ehemann während der Ehe ein Sittlichkeitsverbrechen begangen hatte, das er im Prozeß verschwiegen hatte. Auch hier beruht die Bindung der Parteien an das rechtskräftige Scheidungsurteil nicht auf dem Gedanken der Verwirkung. Denn der Ehemann mußte damit rechnen, daß seine Ehefrau diesen Umstand zur Sprache bringen werde, sobald sie ihn erfahren würde. Entgegen den Ausführungen Henckels konnte der Mann nicht darauf vertrauen, daß der Rechtsstreit abschließend und verbindlich entschieden war, nachdem beide Parteien Gelegenheit hatten, sich im Prozeß Gehör zu verschaffen.

Eine Wiederaufnahme kommt aber auch in diesem Falle nicht in Betracht. Das Oberlandesgericht Kassel führte dazu aus, daß der Ehemann nicht verpflichtet gewesen sei, eigene Verfehlungen zu offenbaren und der Frau so einen Scheidungsgrund an die Hand zu geben. Tatsachen, die der Parteien zur Unehre gereichen oder die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung an sich ziehen würden, unterlägen keiner Offenbarungspflicht, so daß bei ihrem Verschweigen kein Prozeßbetrug vorliege und damit eine Restitution gemäß § 580 ZPO ausscheide.

208) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 104.

(c) Die materiellrechtliche Verwirkung geht von dem Gedanken aus, daß der Berechtigte seine Rechte kennt und geltendmachen kann. Deshalb ist es gerechtfertigt, die Rechtsausübung zu begrenzen, wenn der Berechtigte den Eindruck erweckt, er werde sein Recht nicht mehr verfolgen. Daraus folgt zugleich, daß eine Verwirkung dann nicht eintreten kann, wenn der Berechtigte für den anderen Teil ersichtlich sein Recht nicht kennt oder wenn er aus tatsächlichen Gründen gehindert ist, sein Recht durchzusetzen. Diese Situationen sind aber, wie die angeführten Beispielsfälle zeigen, auch im Prozeß denkbar. Wäre die materielle Rechtskraft auf eine Verwirkung der weiteren Rechtsausübung zurückzuführen, so dürfte die Partei mit jenen Tatsachen und Beweismitteln, die ihr ersichtlich unbekannt waren oder die sie aus anderen Gründen nicht vortragen konnte, nicht ausgeschlossen werden. Wenn die Rechtskraft gleichwohl eintritt und eine Wiederaufnahme nicht möglich ist, so geschieht dies, obwohl eine Verwirkung der Rechtsausübung nicht vorliegt.

(4) Weitere Bedenken machen auch die nachfolgenden Beispiele deutlich.

Die unvertretene Partei, die sich im übrigen mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln gegen die Klageforderung verteidigt, erhebt die Einrede der Verjährung nicht.

Im Zuge einer Drittwiderspruchsklage übersieht der Anwalt des Klägers den Einwand, daß der Rechtserwerb nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes anfechtbar erfolgt sei. Aus diesen Gründen gehen die Prozesse dann verloren. Rechtsmittel werden nicht eingelegt oder aber beinhalten den notwendigen Vortrag ebenfalls nicht. Kann der Prozeßgegner jetzt darauf vertrauen, daß die Partei von diesen

Rechten keinen Gebrauch machen wollte und der Prozeß deshalb abschließend unverbindlich entschieden sei ? Das kann er nicht; denn wenn sich die Partei auf den Prozeß einläßt, so ist regelmäßig damit zu rechnen, daß sie von allen ihren Möglichkeiten Gebrauch machen will. Wenn sie dementgegen nicht alle ihre Möglichkeiten nutzt, so ist das ein Indiz dafür, daß sie ihre Möglichkeiten nicht umfassend erkannt hat und nicht Grundlage für das Vertrauen des Prozeßgegners, von weiteren Möglichkeiten solle kein Gebrauch mehr gemacht werden.

(5) Besonders deutlich treten die Bedenken gegen die Lehre Henckels schließlich in dem Fall zutage, wo nach öffentlicher Zustellung der Klageschrift in der mündlichen Verhandlung ein Versäumnisurteil ergeht, das ohne Einspruch rechtskräftig wird. In diesem Falle fehlt es völlig an der Grundlage für das Vertrauen der obsiegenden Partei, der Prozeß sei abschließend entschieden, da der Gegner von seinen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen werde. Denn in einem solchen Falle muß die klagende Partei davon ausgehen, daß der Prozeßgegner nicht einmal Kenntnis von der Klageschrift und dem Prozeß erhalten hat. Gleichwohl tritt die materielle Rechtskraft ein, ohne daß der Gegner später die Möglichkeit hat, das Verfahren noch einmal wieder aufzurollen, wenn nicht Gründe für seine Wiederaufnahme vorliegen.

Da in allen diesen Einzelfällen die Bindung der unterlegenen Partei unabhängig von der Verwirkung der Rechtsausübung eintritt, bestehen erhebliche Bedenken an der Lehre Henckels.

bb) Der Prozeß als Vertrauensgrundlage

Wolfram Henckel führt aus, daß beide Parteien während des Prozesses hinreichend Gelegenheit hatten, alles Erhebliche vorzutragen, diese Möglichkeit im Interesse des Gegners aber auch nutzen mußten. Mit dem Ende des Prozesses könne der Gegner deshalb darauf vertrauen, daß der Prozeß abschließend und verbindlich entschieden sei.²⁰⁹⁾

(1) Auf die möglichen Gründe, warum eine Partei es unterlassen hat, ihr günstige Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, geht Henckel nicht ein. Der Zusammenhang mit früheren Ausführungen deutet allerdings darauf hin, daß er nur an die unsorgfältige Partei gedacht hat, denn an anderer Stelle wird der Verwirkungsgedanke als Begründung für die Nachteile herangezogen, die die Partei infolge ihrer Nachlässigkeit hinzunehmen habe.²¹⁰⁾ Darauf deutet auch seine Formulierung hin, "die Partei habe die im Prozeß reichlich gebotene Gelegenheit, sich Gehör zu verschaffen, nicht wahrgenommen und werde deshalb mit weiterer Rechtsausübung ausgeschlossen."²¹¹⁾ Die Ausschlußwirkung der materiellen Rechtskraft trifft aber nicht nur die unsorgfältige Partei, sondern erfaßt auch die Umstände, die die Partei ohne ihr Verschulden nicht in den Prozeß einführen konnte. Schon deshalb aber kann der Prozeßgegner am Ende des Prozesses nicht darauf vertrauen, daß seine Gegenpartei alle ihre Möglichkeiten genutzt hat, sondern muß damit rechnen, daß noch weitere ungenutzte Möglichkeiten verblieben sind.

210) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 95.

211) Darauf weist auch Arens AcP 173, 257 hin.

(2) Neben diesem Fall, wo die Partei unverschuldet unvollständig vorgetragen hat, gibt es weitere Fälle, in denen der Prozeßvortrag nicht vollständig ist. Die Gründe hierfür sind vielgestaltig, einige wurden zuvor erörtert. Mag die Partei dabei an objektiven Maßstäben gemessen auch nachlässig handeln, so sind die Fälle, in denen der Parteivortrag nicht umfassend und vollständig ist, doch zu zahlreich, als daß der Gegner mit dem Ende des Prozesses darauf vertrauen könnte, daß dieser nun abschließend und verbindlich entschieden ist, weil die Partei die Möglichkeit hatte, alles Erhebliche vorzutragen. Diese Begründung würde vielmehr das Vertrauen voraussetzen, daß Nachlässigkeiten im Prozeß nicht geschehen. Für ein solches Vertrauen gibt es aber keine Grundlage.

(3) Bei seiner Begründung der materiellen Rechtskraft geht Henckel davon aus, daß die Partei die Möglichkeit habe, im Prozeß alles Erhebliche vorzutragen und diese Möglichkeit im Interesse des Prozeßgegners nutzen müsse. Das Vertrauen in den umfassenden und vollständigen Parteivortrag knüpft Henckel danach daran, daß die Partei im Interesse des Prozeßgegners von den bestehenden Möglichkeiten des Prozesses Gebrauch machen müsse. Tatsächlich liegt es aber nicht im Interesse des Prozeßgegners, daß die Partei von ihren Möglichkeiten umfassend Gebrauch macht und alles Erhebliche im Prozeß vorträgt, sondern ausschließlich im eigenen Interesse der Partei. Dem Prozeßgegner ist nur daran gelegen, daß das Verfahren einmal ein Ende nimmt und nicht mit weiteren Argumenten fortgeführt und erneuert werden kann. Sein Interesse geht nicht dahin, daß die Partei im Prozeß alles Erhebliche vorträgt, sondern nur dahin, daß sie nach dem Ende des Prozesses nichts weiteres mehr vortragen kann. Deshalb bietet der Prozeß auch

keine Grundlage für ein Vertrauen gegenüber dem Prozeßgegner. Keine der Parteien kann am Ende des Prozesses darauf vertrauen, daß der Prozeß abschließend und verbindlich entschieden ist, weil ihr Gegner die Möglichkeit hatte, alles für ihn Wesentliche im Prozeß vorzubringen. Der Gedanke der Verwirkung ist keine tragfähige Grundlage für die Ausschlußwirkung der materiellen Rechtskraft.

d) Besondere Verurteilungsarten

Weitere Bedenken an der Rechtskraftlehre Henckels sollen anhand der besonderen Verurteilungsarten des Versäumnis-, Anerkenntnis- und Verzichtsurteiles untersucht und erörtert werden.

aa) Das Versäumnisurteil

Die Argumentation Henckels, die darauf abstellt, daß der Prozeßgegner am Ende des Prozesses darauf vertrauen könne, daß der Prozeß abschließend und verbindlich entschieden sei, weil beide Parteien im Verlaufe des Prozesses alle ihre Argumente vorbringen könnten, diese Möglichkeit im Interesse des Gegners aber auch nutzen müßten, ist zugeschnitten auf den Prozeß, in dem beide Parteien um ihr Recht gestritten und widerstreitende Anträge gestellt haben. Das Vertrauen der Prozeßparteien in den vollständigen und umfassenden Sachvortrag der Gegenpartei kann Henckel nur darauf gründen, daß sich die Gegenpartei auf den Prozeß eingelassen und um ihr Recht gestritten hat. Diese Streit-situation im Prozeß und der dabei erkennbare Wille, sein Recht durchzusetzen bzw. seine Rechtssphäre zu verteidigen, bildet die Grundlage der Ansicht, die Prozeßpartei könne mit dem Ende des Prozesses auf die abschließende und ver-

bindliche Entscheidung des Streitfalles vertrauen. Materielle Rechtskraft kommt aber auch dem Versäumnisurteil zu. Die überwiegende Zahl der Versäumnisurteile beruht darauf, daß sich der Beklagte im Prozeßverfahren nicht verteidigt und sich auf einen Streit mit dem Kläger nicht einläßt. In vielen Fällen mag dies darauf zurückzuführen sein, daß sich der Beklagte nicht verteidigen will, so daß die materielle Rechtskraft hier mit dem Gedanken des Verzichts in Einklang steht. Nicht in allen Fällen rechtskräftiger Versäumnisurteile stimmt die Rechtskraft jedoch mit dem Verzichtsgedanken überein. Denn zu einer rechtskräftigen Versäumnisentscheidung kann es auch kommen, wenn der Beklagte nicht gewillt ist, auf seine Rechtsverteidigung im Prozeß zu verzichten, sei es, daß der Beklagte aus Gründen, die in seiner Person liegen, von dem Verfahren keine Kenntnis erlangt, sei es, daß er seine Verteidigung aus Nachlässigkeit unterläßt oder aber nicht die notwendigen Mittel hat und das Armenrecht ihm nicht bewilligt wird. Der Gedanke der Verwirkung ist in diesen Fällen aber schon deshalb keine tragfähige Grundlage für die materielle Rechtskraft, weil die bloße Untätigkeit des Prozeßgegners nicht das Vertrauen begründen kann, die Gegenpartei wolle sich nicht verteidigen, so daß mit dem Ende des Prozesses das Vertrauen auf eine abschließende Entscheidung aus dem Prozeßverlauf nicht gerechtfertigt sein kann. Es fehlen insoweit bereits die besonderen Umstände, die das Vertrauen des Prozeßgegners begründen und die Verwirkung rechtfertigen könnten.

bb) Verzichts- und Anerkenntnisurteil

Im Unterschied zum Versäumnisurteil setzen Anerkenntnis- und Verzichtsurteil immer eine prozessuale Willensäußerung voraus, mit der die Prozeßpartei von der Weiterführung des begonnenen Streites Abstand nimmt und die Klageforderung entweder anerkennt oder aber auf sie verzichtet. Auch wenn Anerkenntnis und Verzicht nur den prozessualen Anspruch und nicht das materielle Recht betreffen, so besteht doch insoweit Übereinstimmung mit der Lehre Henckels, als mit der Willensäußerung im Prozeß auf die weitere prozessuale Ausübung des Rechtes verzichtet wird. Im materiellen Recht unterliegt der Verzicht allerdings der Möglichkeit einer Anfechtung, wenn Willensmängel die Verzichtserklärung beeinflußt haben. Anerkenntnis und Verzicht sind hingegen als Prozeßhandlungen nicht anfechtbar, die Regeln über die Irrtumsanfechtung finden hier keine Anwendung.²¹²⁾ In Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung in der Literatur lehnt Henckel auch die Möglichkeit eines Widerrufs von Anerkenntnis und Verzicht analog § 290 ZPO ab.²¹³⁾ Zur Begründung führt er an, daß Anerkenntnis und Verzicht sich gerade in den für den Widerruf entscheidenden Gesichtspunkten von dem Geständnis des § 288 ZPO unterscheiden würden.²¹⁴⁾ Den Grund für die

212) Allgemeine Ansicht vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 82; Thomas-Putzo § 307 Anm. 3 a; Rosenberg-Schwab § 134 IV b S. 753; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 307 Anm. V.

213) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 82, 83; Rosenberg-Schwab § 134 IV b S. 253; Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß S. 221; LG Heidelberg MDR 1965, 583; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 307 Anm. V. A.A. allerdings LG Nürnberg MDR 1963, 419; Thomas-Putzo § 307 Anm. 3 a, Lehmann Festgabe für Krüger S. 238.

214) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 85.

Möglichkeit des Widerrufs eines Geständnisses gemäß § 290 ZPO sieht er in dem fehlenden Dispositionsbewußtsein der Partei. Voraussetzung für den Widerruf des Geständnisses ist, daß das Geständnis unwahr ist, die Partei es jedoch bei Abgabe für wahr gehalten hat. Damit habe die Partei ihre Prozeßlage verschlechtert, ohne dies zu wollen und das Bewußtsein zu haben, über die Prozeßlage zu disponieren, folgert Henckel. Dieses fehlende Bewußtsein, mit der Erklärung auf die eigene Prozeßlage nachteilig einzuwirken, ist nach seiner Ansicht der Grund für die Möglichkeit des Widerrufs gemäß § 290 ZPO.

Während nun das Geständnis einer wahren Tatsache die Prozeßlage nicht beeinträchtigt, führten Anerkenntnis und Verzicht stets dazu, daß ohne Prüfung der Tatsachenbehauptungen und ihrer Beweisbedürftigkeit sowie ohne Prüfung der Rechtslage gemäß dem Anerkenntnis oder dem Verzicht zu urteilen sei. Die beim Geständnis erhebliche Frage, ob es im konkreten Fall eine Disposition über die Prozeßlage enthalte, könne danach bei Verzicht und Anerkenntnis nicht festgestellt werden, weil diese stets auf die bestehende Prozeßlage ändernd einwirken würden. Deshalb könne es bei Verzicht und Anerkenntnis nie am Dispositionsbewußtsein fehlen, so daß auch § 290 ZPO keine Anwendung finden könne.²¹⁵⁾ Damit aber bleibt die unterlegene Partei auch dort an das Urteil gebunden, wo der Verzicht im materiellen Recht beseitigt werden kann, so daß in diesen Fällen eine Übereinstimmung mit dem materiellrechtlichen Gedanken des Verzichtes nicht gegeben ist.

Henckel sieht diesen Unterschied zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeßrecht ebenfalls und führt aus, daß

215) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 85.

aus diesen Unterschieden nicht der Schluß gezogen werden dürfe, daß die prozeßrechtlichen Wertungen mit den materiellrechtlichen Wertungen nichts gemein hätten. Diese unterschiedliche Behandlung beruhe vielmehr auf den Unterschieden der Sachbereiche, die im materiellen Zivilrecht und im Zivilprozeßrecht zu regeln seien.²¹⁶⁾

Mit dieser Argumentation gibt Henckel eigentlich seine Lehre selbst auf. Denn sein Ziel war es nicht, darzutun, daß überhaupt Gemeinsamkeiten zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht bestehen, seine Lehre sagte vielmehr aus, daß die materiellrechtlichen Gedanken von Verzicht und Verwirkung die Grundlage der materiellen Rechtskraft seien. Wenn er aber nun angesichts der fehlenden Übereinstimmung im Falle des Anerkenntnisses und des Verzichtes auf die Unterschiede zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht hinweist, so wäre die weitere Konsequenz, daß die materielle Rechtskraft eben nicht mit den materiellrechtlichen Gedanken von Verzicht und Verwirkung übereinstimmen kann.

e) Die Mitwirkung des Gerichtes bei der Aufklärung
des Sachverhaltes

Schließlich spricht noch ein weiteres Bedenken gegen die Rechtskraftlehre Wolfram Henckels.

Seiner Ansicht, die Gedanken von Verwirkung und Verzicht begründeten den Ausschluß weiterer Rechtsausübung und die Bindung der unterlegenen Partei an das rechtskräftige Urteil, liegt ein Prozeßverständnis zugrunde, nach dem die Parteien die alleinige Verantwortung für die Aufklärung

216) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 86.

- derselbe Die Actio. Abwehr gegen
Dr. Theodor Muther
Düsseldorf 1857
- derselbe Lehrbuch des Pandektenrechtes
Band I 3. Aufl.
Düsseldorf 1870
- Wolff, Martin Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechtes Band III Sachenrecht
11. Aufl.
Tübingen 1964
- Zeiss, Walter Die arglistige Prozeßpartei
Berlin 1967
- derselbe Zivilprozeßrecht
3. Aufl.
Tübingen 1978
- Zeller, Friedrich Zwangsversteigerungsgesetz
10. Aufl.
München 1979
- Zeuner, Albrecht Die objektiven Grenzen der
Rechtskraft im Rahmen rechtlicher
Sinnzusammenhänge
Tübingen 1959
- Zöller Zivilprozeßordnung mit
Gerichtsverfassungsgesetz und
Nebengesetzen.
Kommentar
11. Aufl.
München 1974

Dem steht nicht entgegen, daß im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime gilt, nach der die Beibringung des Tatsachenstoffes grundsätzlich den Parteien obliegt, denn dieser Grundsatz wird durch die eben angeführten Vorschriften eingeschränkt und ergänzt. Auf der anderen Seite ist allerdings auch die Tätigkeit des Richters durch die Verhandlungsmaxime eingeschränkt. Das hindert jedoch nicht, die Sachverhaltsaufklärung in diesen Grenzen als Gemeinschaftsaufgabe von Parteien und Gericht zu betrachten.

Bei dieser Betrachtung kann aber die Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft nicht allein mit materiellrechtlichen Wertungen begründet werden, denn es gilt auch die Verantwortung des Richters und seine Fehler bei der Aufklärung des Sachverhaltes zu berücksichtigen.

VII. Fehltrteil und materielle Rechtskraft

Da der Gedanke der Verwirkung die materielle Rechtskraft des unrichtigen Urteils nicht rechtfertigt, bleibt die Frage nach ihren Grundlagen offen. Der Meinungsstreit um die Beantwortung dieser Frage ist so alt wie das Institut der materiellen Rechtskraft selbst, die Äußerungen in der Literatur sind nahezu unüberschaubar.

1.) Die Leugnung möglicher Fehltrteile

a) Probleme wirft die Suche nach den Grundlagen der materiellen Rechtskraft allerdings nur dann auf, wenn es darum geht, auch die Maßgeblichkeit eines unrichtigen

Urteils zu begründen, das die materielle Rechtslage verfehlt. In der Literatur sind nun mehrfach Auffassungen vertreten worden, die eine solche Möglichkeit schlecht-hin geleugnet haben. Für die Vertreter dieser Ansichten ist die Suche nach den Gründen materieller Rechtskraft unproblematisch, da mit der materiellen Rechtskraft das Prozeßziel immer verwirklicht wird und ein Verstoß gegen das materielle Recht und seine Gerechtigkeit ausgeschlossen ist.

aa) Oskar Bülow vertrat die Auffassung, daß die Privatrechtsnormen noch "unfertig", nur ein "Plan", ein "Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung" seien und erst der Richterspruch die vollendete Rechtsnorm schaffe.²²¹⁾ Auf Grund dieser These kam es zu dem Ergebnis, daß jedes Urteil den "Stempel der Rechtmäßigkeit" trage und ohne Rücksicht auf den "wahren Sachverhalt" notwendig richtig sei.²²²⁾

bb) Mit anderer Begründung kam Julius Binder zu dem gleichen Ergebnis.²²³⁾

Im Unterschied zu der Lehre Bülows sah Binder die Gesetzesvorschriften nicht als unfertigen Entwurf, aus dem der Richter erst im Prozeß das objektive Recht schaffe, sondern ging davon aus, daß das materielle Recht bereits existiere und der Richter das objektive Recht zu vollstrecken habe. Voraussetzung eines für die Partei günstigen

221) Bülow ACP 62, 93 Note 72; ders., Gesetz und Richteramt besonders S. 3 und 45; ders. ZJP 31, 191 ff, 267 ff.

222) Bülow ZJP 268 ff, 246.

223) Binder, Prozeß und Recht S. 208 f, 275, 307, 334; ders., Philosophie des Rechtes S. 660.

Urteils ist nach seiner Lehre jedoch nicht das Vorhandensein des materiellen Rechtes im objektiven Sinne, sondern die Rechtsbehauptung und ihr Beweis.²²⁴⁾ Der abstrakte Gesetzesbefehl steht danach in Abhängigkeit von der Beweisbarkeit des Tatbestandes. Auf dieser Grundlage kam Binder zu dem Ergebnis, daß erst der Richter im Prozeß das für den Einzelfall geltende Recht schaffe. Für die Parteien ist nach seiner Auffassung nur die Rechtsfolge geltendes Recht, die das rechtskräftige Urteil ausspricht. Das materielle Recht des Einzelnen wird damit erst durch die Rechtskraft des Urteilsausspruches begründet, so daß eine Divergenz von Prozeßergebnis und materiellem Recht nicht möglich ist.

cc) Die staatsrechtliche Rechtskrafttheorie²²⁵⁾ Reichels steht insoweit in Verwandtschaft zu der Lehre Binders, als auch sie die Anordnungen des materiellen Rechtes unter den Vorbehalt ihrer Anerkennung durch den Richter stellt.²²⁶⁾ Ansonsten ist die Aussage dieser Lehre jedoch eine völlig andere, denn Reichel stellt darauf ab, daß gültiges Recht nur das sei, was der Staat als Recht gelten lasse. Gelten lasse der Staat aber die rechtskräftige Entscheidung, so daß diese das materielle subjektive Recht beinhalte.²²⁷⁾

224) So wörtlich Binder, Philosophie des Rechtes S. 660.

225) So die Bezeichnung durch Jauernig ZZP 64, 297 Note 56; Sax ZZP 67, 32; Gaul AcP 168, 55 Note 138; Schumann Festschrift für Bötticher S. 314.

226) Darauf weist auch Schumann Festschrift für Bötticher S. 315 hin.

227) Reichel Festschrift für Wach III S. 8.

dd) Zu den Leugnern eines Fehlurteils müssen ferner auch Wilhelm Sauer und Hans-Martin Pawlowski gerechnet werden. Sauer²²⁸⁾ nennt seine Lehre prozessuale Gestaltungstheorie. Er geht davon aus, daß zwar nicht erst das rechtskräftige Urteil das materielle Recht schaffe, das rechtskräftige Urteil gestalte aber aus der materiellen Gesetzeslage das Recht für die konkrete Lebenslage der Parteien. Die Frage nach der Unrichtigkeit des Urteils stellt sich danach für Sauer nicht, da das rechtskräftige Urteil erst das für die entsprechende Lebenslage konkretisierte Recht beinhaltet.²²⁹⁾

In unmittelbarer Verwandtschaft zu der Ansicht Sauers steht die Auffassung Pawlowskis.²³⁰⁾ Er geht davon aus, daß es entscheidendes Merkmal des gesamten materiellen Rechtes sei, daß es noch unbestimmt sei und nicht feststehe. Zur Begründung der Unbestimmtheit des materiellen Rechtes verweist er nicht nur auf mögliche Beweisschwierigkeiten, sondern vor allem darauf, daß sich das Recht fortlaufend ändere, und zwar nicht nur durch Änderung der Gesetze, sondern vor allem durch Änderung der Rechtsprechung, der Literaturansichten sowie der Gewohnheiten, Übungen und Usancen, die für die Auslegung von Verträgen und Gesetzen und damit für das konkret geltende Recht Bedeutung hätten.

228) Sauer S. 233.

229) In die Reihe derer, die das Fehlurteil leugnen, wird Sauer auch von Schumann, Festschrift für Bötticher S. 307/308 und Sax ZZP 67, 34 eingeordnet.

230) Pawlowski ZZP 80, 345 f.

Es komme hinzu, daß sich die besonderen rechtlichen Beziehungen der einzelnen Parteien zueinander vielfach nach den Grundsätzen bestimmen würden, die sie durch ihr besonderes Verhalten für ihre Beziehungen aufgestellt hätten.²³¹⁾ Eine Klärung der zwischen den Parteien stehenden Rechtsbeziehungen sei daher erst im Prozeß möglich. Die Aufgabe des Prozesses sieht Pawlowski demgemäß darin, das Recht, das ohne Prozeß unklar und unbestimmt bleiben würde, für den Einzelfall festzustellen und zu fixieren.²³²⁾ Die Konsequenz ist, daß erst der Prozeß und das rechtskräftige Urteil feststellen, was in dem betreffenden Streitfall heute konkret Recht ist²³³⁾, so daß sich der Prozeßzweck mit der Rechtskraft des Urteils immer verwirklicht und es zu einem Verstoß gegen das materielle Recht nicht kommen kann.

ee) Die Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie²³⁴⁾ unterfallen dagegen nicht dem Personenkreis, für die es das Problem des unrichtigen Urteils nicht gibt.²³⁵⁾ Zwar trifft auch die materiellrechtliche Rechtskrafttheorie die Aussage, daß jedes rechtskräftige Urteil notwendig richtig ist und mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Diese Übereinstimmung ist aber keine ursprüngliche. Die Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie erkennen vielmehr an, daß das Urteil

231) Pawlowski ZZP 80, 345 f.

232) Pawlowski ZZP 80, 368.

233) Pawlowski weist auf diese Konsequenz hin a.a.O. S. 361; vgl. auch Eike Schmidt in der Erörterung der Lehre Pawlowskis S. 27.

234) Vgl. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 64, 112 m.w.N.; ders. Festgabe für Franz Klein S. 1 ff; Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft z.B. S. 302 ff; Böhmer, Grundlagen II 2, § 28 S. 126.

235) Ebenso Schumann Festschrift für Bötticher S. 312.

die materielle Rechtslage verfehlen kann, sie gehen jedoch davon aus, daß sich mit Rechtskraft der Entscheidung die Rechtslage dem Urteil anpasse, um eine Diskrepanz von Urteilsinhalt und Gesetzesbefehl zu vermeiden und die Geltungskraft der rechtskräftigen Entscheidung zu begründen. Für die Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie ist die Rechtskraft der Entscheidung daher nicht in allen Fällen Verwirklichung der Gerechtigkeit, sondern es gilt zu begründen, warum die Rechtskraft zu einer Anpassung der materiellen Rechtslage des Fehlurteils an den Urteilsinhalt führt.²³⁶⁾

b) In der Literatur haben die dargelegten Meinungen, die den möglichen Verstoß des rechtskräftigen Urteils gegen das materielle Recht und die materielle Gerechtigkeit leugnen, weitgehend Widerspruch erfahren.²³⁷⁾

aa) Ausführlich hat sich Bötticher mit der Lehre Binders befaßt.²³⁸⁾ Der entscheidende Einwand, den er gegen die Lehre Binders erhebt, ist dabei der, daß ein Zwiespalt zwischen materiellem Recht und Prozeßergebnis solange nicht zu vermeiden sei, als ein unabhängig vom Prozeß geltendes materielles Recht anerkannt werde. Denn wenn die Existenz des materiellen Rechtes außerhalb des Prozesses anerkannt

236) Böhmer, Grundlagen Band 2, 1 S. 126.

237) Aus der umfangreichen Literatur vgl. Schumann Festschrift für Bötticher S. 291 ff; Gaul AcP 168, 54 f; Sax ZZP 67, 30 ff.

238) Bötticher, Kritische Beiträge S. 104 bis 128.

werde, so bestehe das materielle Recht auch neben dem Prozeß und könne daher Maßstab für das Prozeßergebnis sein. Danach aber kann das Fehlurteil nur terminologisch aus dem Prozeß verbannt sein, weil zuvor die These aufgestellt wurde, daß nur das im Prozeß gefundene Recht materielles Recht sei.²³⁹⁾

bb) Diese Bedenken Böttichers an der Lehre Binders sind auch der Ansatzpunkt für die Kritik der übrigen dargelegten Meinungen. Alle dargestellten Ansichten erkennen an, daß außerhalb des Prozesses ein materielles Recht existiert, das die Grundlage für die Urteilsfindung des Richters sein muß. Sie gestehen dem Richter allerdings eine gegenüber dem materiellen Recht mehr oder weniger emanzipierte Stellung zu. Am weitesten geht hier Bülow, der dem Richter die Befugnis zuspricht, aus der noch unfertigen Privatrechtsordnung des Gesetzes das gültige Recht zu schaffen. Sauer und Pawlowski gehen zwar soweit nicht, sie begnügen sich jedoch ebenfalls nicht damit, dem Richter die Aufgabe der Gesetzesanwendung zuzuschreiben, sondern sehen seine Aufgabe darin, aus der noch unbestimmten Gesetzeslage das für den Einzelfall konkrete Recht zu fixieren.

Die Emanzipation des Richters gegenüber dem materiellen Recht findet für unser heutiges Recht ihre Grenze in der im Grundgesetz angeordneten Gesetzesunterworfenheit des Richters. Die Tätigkeit des Richters besteht danach in erster Linie in der Anwendung von Gesetz und Recht auf den streitigen Einzelfall und nicht etwa darin, das materielle Recht für diesen Einzelfall zu schaffen und zu gestalten. Mögen bei der Urteilsfindung auch die tatsächlichen und

239) Ebenso Schumann Festschrift für Bötticher S. 313/314.

rechtlichen Besonderheiten des einzelnen streitigen Falles sowie die Beweissituation zu berücksichtigen sein, das Urteil ist gleichwohl Ergebnis der Anwendung von Recht und Gesetz auf das Streitverhältnis und nicht Fixierung des für den Einzelfall gültigen Rechtes aus der unbestimmten Gesetzeslage. Bei dieser Anwendung von Gesetz und Recht kann es aber auf Grund eines Irrtums, auf Grund fehlender Erkenntnismöglichkeiten oder auf Grund von Nachlässigkeiten des Richters oder der Parteien immer zu einer falschen Entscheidung kommen. Das Fehlurteil ist nicht zu leugnen. Bei der Suche nach den Gründen materieller Rechtskraft muß die Möglichkeit eines unrichtigen Urteils mit einbezogen werden.

2.) Die Grundlagen materieller Rechtskraft

a) Die materielle Rechtskraft als Ziel des Prozesses

aa) Goldschmidt definiert den Prozeß als das auf die Herbeiführung von Rechtskraft gerichtete Verfahren und sah mithin die materielle Rechtskraft als oberstes Prozeßziel an.²⁴⁰⁾ Damit stellt die materielle Rechtskraft die Verwirklichung des Prozeßzweckes dar und findet unabhängig davon, ob das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht oder nicht, im Prozeßzweck ihren Grund. Diese Ansicht Goldschmidts ist geprägt von seiner Vorstellung völliger Eigenständigkeit des Verfahrensrechtes gegenüber dem materiellen Recht. Sie führt dazu, daß der Prozeß sich selbst zum Ziele hätte und jeder andere vernünftige Sinn ihm fehlen würde.²⁴¹⁾ Diese Ansicht Goldschmidts ist deshalb abzulehnen.

240) Goldschmidt S. 151 ff.

241) Hegler Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt S. 237; Gaul AcP 168, 56.

bb) Walsmann hat die Ansicht vertreten, daß die Bewahrung des Rechtsfriedens der eigentliche Zweck des Prozesses sei, der zwar dem Streben nach Wahrheit nicht entgegenstehe, die Wahrheitserforschung aber auch nicht unbedingt verlange.²⁴²⁾ Da die Wahrung des Rechtsfriedens durch die materielle Rechtskraft erfolgt, die jede Erneuerung des entschiedenen Streites unter den Parteien verbietet, beinhaltet die materielle Rechtskraft auch bei dieser Prozeßzweckbestimmung die Verwirklichung des im Prozeß angestrebten Zieles. Diese Ansicht Walsmanns kann unter der Geltung des heutigen Zivilprozeßrechtes jedoch nicht mehr vertreten werden. Denn nach dieser Auffassung käme es nicht darauf an, daß der Richter ein gerechtes Urteil fällt, entscheidend wäre vielmehr allein, daß überhaupt ein Urteil ergeht, das in Rechtskraft erwächst.

Dem widerspricht aber, daß der Gesetzgeber das zivilprozessuale Verfahren mit vielfachen Sicherungen ausgestaltet hat, die gewährleisten sollen, daß sich das materielle Recht auch im Prozeß durchsetzt.

cc) Rimmelspacher hat neuerdings ebenfalls die Ansicht vertreten, daß die Bewahrung des Rechtsfriedens das Ziel des Zivilprozesses sei.²⁴³⁾ Er geht davon aus, daß der Prozeß die Durchsetzung des subjektiven Rechtes verfolge, dies jedoch nicht um seiner selbst willen, sondern der Schutz des subjektiven Rechtes diene dem übergeordneten Zweck der Bewahrung des Rechtsfriedens.

242) Walsmann, RheinZ 12, 415 und 421.

243) Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß S. 21.

Dieses Ergebnis leitet Rimmelspacher aus der historischen Entwicklung ab, die von der Selbsthilfe als Mittel zur Durchsetzung privater Rechte zum staatlichen Rechtspflegemonopol geführt habe. In älteren Rechtsordnungen habe eine Kongruenz von Macht und Recht bestanden. Der gewaltsame Kampf "um das gute Recht" sei kein Streit außerhalb der Rechtsordnung, sondern ein legitimes Mittel gewesen, um dem Recht gegen das Unrecht zum Siege zu verhelfen. Mit Beginn des neuzeitlichen Staates sei hier ein Auffassungswandel eingetreten. Seither entscheide über das, was rechtens sei, nicht mehr die Ausübung eines privaten Rechtskampfes, in dem "kraft der göttlichen Ordnung der Berechtigte als Stärkerer über den Nichtberechtigten die Oberhand behalte, sondern der Souverän." Am Ende der Entwicklung stehe der Zivilprozeß, der dem Einzelnen die Sicherung und Durchsetzung seines Rechtes mit Hilfe staatlicher Organe gewährleiste. Dieses Verfahren beruhe aber nach wie vor auf dem Gedanken, dem Faustrecht ein Ende zu bereiten und so den Zustand des Rechtsfriedens herbeizuführen oder zu sichern. Mit der Sicherung und Durchsetzung privater Rechte verfolge der Prozeß daher sein eigentliches Ziel, die Wahrung des Rechtsfriedens.

Ungeklärt bleibt bei dieser Begründung allerdings, wieso das Ziel der Selbsthilfe, die Durchsetzung des privaten Rechtes, mit ihrer Abschaffung und Ersetzung durch ein geordnetes staatliches Verfahren von einem anderen übergeordneten Zweck, nämlich der Sicherung des Rechtsfriedens abgelöst worden sein soll.²⁴⁴⁾

244) Eike Schmidt S. 12 f.

Es ist sicher nicht zu leugnen, daß die Sicherung des Rechtsfriedens Grundgedanke für die Einführung des staatlichen Rechtspflegemonopols war, daraus ist jedoch nicht zu schließen, daß dieser Gedanke nunmehr entscheidender Zweck des Zivilprozesses ist. Überzeugend führt Eike Schmidt²⁴⁵⁾ in diesem Zusammenhang aus, daß hier nichts anderes gelten könne, als in sonstigen Fällen, in denen ein Verfahren (z.B. eine technische Herstellungsweise) aus welchen Gründen auch immer durch ein anderes verdrängt werde. Dabei sei es jeweils kurz-sichtig zu sagen, der eigentliche Zweck des neuen Verfahrens liege darin, die Fehler des alten abzustellen. Richtig sei vielmehr, daß sich auch das neue Verfahren am Zweck seiner Vorgängerin orientiere, nur daß es diesen Zweck auf adaequatere Weise erreiche. Die Herstellung des Rechtsfriedens könne deshalb allenfalls als ein "Abfallprodukt" bei der Einrichtung des staatlichen Prozesses betrachtet werden.

dd) Aus dem Prozeßzweck abzuleiten ist die Begründung der materiellen Rechtskraft schließlich auch für die Vertreter der Ansicht, die die Forderungen nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden als selbständigen und gleichberechtigten Zweck des Prozesses neben die Bewährung des Rechtes stellen.²⁴⁶⁾ Diese Auffassung führt aus:

245) Eike Schmidt S. 20.

246) Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis S. 11, 13, 19; ders. AcP 150, 216, 218, 222; Bernhardt, Grundriß S. 2; vgl. auch Note 21.

"Die Bewährung des Rechtes kann verfehlt werden; trotzdem wird auch ein sachlich unrichtiges Urteil durch die Rechtskraft sanktioniert. Diese Möglichkeit aber zeigt, daß der Prozeß neben der Bewährung des Rechtes als weiteren, selbständigen Zweck die Wahrung des Rechtsfriedens verfolgt."²⁴⁷⁾

Die materielle Rechtskraft auch des unrichtigen Urteils rechtfertigt sich danach unmittelbar aus dem auf die Wahrung des Rechtsfriedens abstellenden Teil des Prozeßzweckes.

Die Bedenken gegen diese Ansicht hat Hans Friedhelm Gaul überzeugend dargelegt.²⁴⁸⁾ Er führt aus, daß sich diese Auffassung zunächst zu ihrem eigenen teleologischen Ansatz in Widerspruch setze, indem sie von den Prozeßfolgen rückschließend eine Aussage über den bestimmungsgemäßen Prozeßzweck zu gewinnen suche. Was dabei zum selbständigen Prozeßzweck erhoben werde, sei in Wahrheit nichts anderes als der Zweck der Rechtskraft, so daß sich auch diese Lehre entgegenhalten lassen müsse, daß sie die materielle Rechtskraft zum Prozeßziel erhebe, und insoweit mit der Ansicht Goldschmidts übereinstimme. Entscheidend spreche aber gegen diese Ansicht, daß sie den pathologischen Ausnahmefall, nämlich die Rechtskraft des unrichtigen Urteils, mit in den bestimmungsgemäßen Zweck des Prozesses einbeziehe. Da das Rechtsfriedensargument dazu diene, die Rechtskraft des unrichtigen Urteils zu belegen, werde daher durch diese Zweckbestimmung das unrichtige Urteil zum Bestandteil des Prozeßzweckes.²⁴⁹⁾

247) Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis S. 13.

248) Gaul AcP 168, 57 ff.

249) Ähnliche Bedenken äußerte bereits Niese S. 124.

b) Prozeßzweck und Rechtskraft des unrichtigen Urteils

aa) Henckels Verständnis des Prozesses als bloße Fortsetzung der außerprozessualen Rechtsausübung kann keine Zustimmung finden.

Zweck des Prozesses ist es danach, den Parteien ein Verfahren zur Ausübung ihrer Rechte zur Verfügung zu stellen.²⁵⁰⁾ Henckel verkennt bei dieser Zwecksetzung, daß der Prozeß auf die Erforschung der Wahrheit angelegt ist und daher mehr als nur eine Fortsetzung der außerprozessualen Rechtsausübung sein muß.²⁵¹⁾ Dem steht nicht entgegen, daß die Zivilprozeßordnung den Prozeß durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime der Herrschaft der Parteien unterstellt hat.

Die Verhandlungsmaxime, die den Parteien die Verantwortung für den Sachvortrag und die Herbeischaffung der Beweismittel auferlegt, ist keineswegs lupenrein durchgeführt, sondern mehrfach durchbrochen. So kann der Richter mit Ausnahme von Zeugenvernehmungen sämtliche Beweiserhebungen von Amts wegen anordnen. Im Zuge seiner Aufklärungspflicht ist er zudem gehalten, Hinweise zu erteilen und die Parteien zu notwendigen Ergänzungen ihres Vortrages anzuhalten. Diese Aufgaben des Gerichtes zeigen, daß der Prozeß weitergehende Funktionen hat, als den Parteien die

250) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 61 ff.

251) Ebenso Eike Schmidt S. 38 Note 106.

Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen und auf Erforschung des wahren Sachgeschehens gerichtet ist. Dabei ist auch zu bedenken, daß die Wahl der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß nicht zuletzt auf der psychologischen Erfahrung beruht, daß die aktive Mitwirkung der Parteien der Wahrheitsfindung besser dienen kann als die Untersuchungen eines auf sich allein gestellten Richters.²⁵²⁾

Auch die Dispositionsmaxime stellt das Prinzip der Wahrheitsermittlung nicht infrage. Denn die Dispositionsmaxime, die den Parteien die Befugnis zur Verfügung über den Streitgegenstand gibt, knüpft an die Privatautonomie und das Verfügungsrecht der Parteien über das streitbefangene Recht. Die Dispositionsmaxime beruht damit auf den übergreifenden Wertungen des materiellen Rechtes. Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich beenden den Prozeß unabhängig von der Frage nach der tatsächlichen Rechtslage, weil die Wahrheitserforschung hinter dem Verfügungsrecht der Parteien zurücktritt. Das auf Wahrheitserforschung gerichtete Prinzip des Prozesses ist dadurch aber nicht betroffen.²⁵³⁾

bb) Der Prozeß dient der Durchsetzung des materiellen Rechtes, die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Einzelfall ist sein ideales Ziel.²⁵⁴⁾ Er ist in gleicher Weise

252) Gaul AcP 168, 50.

253) Gaul AcP 168, 51.

254) Eike Schmidt, S. 34 ff; Gaul, Wiederaufnahme S. 53.

auf den Schutz des subjektiven Rechtes wie auf die Bewährung der objektiven Rechtsordnung ausgerichtet. Trotz aller Sicherungen in der Prozeßordnung kann dieses Ziel des Prozesses jedoch infolge menschlicher Unzulänglichkeit verfehlt werden. Unrichtige und damit materiell ungerechte Urteile sind die notwendige Konsequenz. Dem Prozeßzweck würde es entsprechen, wenn die Entscheidung in diesem Falle erneut überprüft werden könnte. In der Folge einer solchen Möglichkeit könnte dann aber jedes Urteil mit der Begründung, es entspreche aus diesem oder jenem Grunde nicht dem materiellen Recht, erneut angegriffen werden. Die Konsequenz wäre nicht nur eine lähmende Rechtsungewißheit, vor allem könnte die materielle Gerechtigkeit niemals verwirklicht werden. Denn auch der große Teil richtiger Entscheidungen könnte erneut angefochten werden. Die Verwirklichung des Prozeßzweckes verlangt deshalb die endgültige Maßgeblichkeit der getroffenen Entscheidung. Dieser Forderung entspricht die Einrichtung der materiellen Rechtskraft. Insoweit versteht sich die materielle Rechtskraft daher unmittelbar aus dem Prozeßzweck, sie ist Begriffsnotwendigkeit zur Absicherung des Prozeßzweckes.²⁵⁵⁾ Der Prozeß als Rechtsschutzbewährung bedarf der Rechtskraft zur Rechtsschutzerhaltung, wie Jauernig es ausgedrückt hat.²⁵⁶⁾ Auf der anderen Seite ist es allerdings nicht zu verkennen, daß mit der Rechtskraft auch das unrichtige Urteil Maßgeblichkeit erlangt. Das läßt sich jedoch nicht vermeiden,

255) Gaul, Wiederaufnahme S. 92.

256) Jauernig, ZZP 66, 415.

wenn man nicht auch den Bestand des richtigen Urteils aufs Spiel setzen will. In dieser Funktion ist die Rechtskraft daher reine Zweckmäßigkeitsregel im Interesse von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit. Die wesentliche Funktion der materiellen Rechtskraft betrifft jedoch das richtige Urteil. Das unrichtige Urteil wird davon miterfaßt, soweit es nicht durch Wiederaufnahme zu beseitigen ist.²⁵⁷⁾ Gerechtfertigt ist diese Bindung auch an das unrichtige Urteil deshalb, weil der Gesetzgeber mit Hilfe der Prozeßordnung ein Verfahren gewährleistet, das eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine materiell richtige Entscheidung bietet. Wenn trotz der Sicherungen in der Verfahrensordnung der Prozeßzweck im Einzelfall nicht erreicht wird, so muß sich die unterlegene Partei an der Entscheidung festhalten lassen, weil das Interesse der obsiegenden Partei und der Allgemeinheit ein Ende des Rechtsstreits verlangen.

Die Rechtskraft des unrichtigen Urteils versteht sich daher nicht aus dem Prozeßzweck. Das unrichtige Urteil erwächst vielmehr nur notgedrungen in Rechtskraft, um Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu gewährleisten und nicht auch die richtigen Entscheidungen erneut Anfechtungsmöglichkeiten auszusetzen. Der auf Verwirklichung des materiellen Rechtes gerichtete Prozeßzweck ist durch die Rechtskraft der unrichtigen Entscheidung nicht infrage gestellt. Es besteht keine Notwendigkeit, den Prozeßzweck um eine Bestimmung zu erweitern, die auch den Bestand des unrichtigen Urteils zu begründen vermag. Denn, wie Eike Schmidt überzeugend ausgeführt hat, setzt die Tatsache, daß in einer Produktion Ausreißer vorkommen, nicht den Produktionszweck, ordentliche Ware herzustellen, außer Kraft.²⁵⁸⁾

257) Gaul, Wiederaufnahme S. 93.

258) Eike Schmidt S. 37.

VIII. Der Zusammenhang des Prozeßrechtes mit den
Wertungen des materiellen Rechtes

Henckels Anliegen war es, die prozeßrechtlichen Normen auf Wertungen materieller Gerechtigkeit zurückzuführen, um damit den Zusammenhang des Prozeßrechtes mit dem materiellen Recht wieder stärker ins Blickfeld zu rücken.²⁵⁹⁾ Die deutsche Zivilprozeßrechtswissenschaft hat sich in den vergangenen hundert Jahren bei ihrem Streben nach Emanzipation des Prozeßrechtes aus den Fesseln zivilistischen Denkens²⁶⁰⁾ besonders um die Trennung der beiden Rechtsbereiche und um eine Grenzziehung zwischen ihnen bemüht.²⁶¹⁾ Der erste Schritt in diese Richtung wurde getan, als Windscheid sich gegen die bis dahin gelehrte Einheit von materiellem Recht und Aktionenrecht wandte, wonach das Klagerecht nur ein besonderes Entwicklungsstadium des subjektiven Rechtes darstellte²⁶²⁾, und mit seiner Lehre das Klagerecht und den mit ihm verfolgten materiellrechtlichen Anspruch begrifflich voneinander trennte.²⁶³⁾ Zu einer Verselbständigung des Prozeßrechtes gegenüber dem materiellen Recht kam es allerdings nach Windscheids Lehre noch nicht, weil er das Klagerecht als Annex zum materiellen Recht verstand, das von seinem Bestand abhängig sei.²⁶⁴⁾

259) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht Einleitung S. 26, 41, 64; ders., Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 12; vgl. auch Note 7 und 8 in diesem Text.

260) Vgl. S. 1 und Note 1.

261) Vgl. im einzelnen Simshäuser, Zur Entwicklung von Prozeßrecht und materiellem Recht seit Savigny.

262) Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Band 5 S. 2/3.

263) Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechtes vom Standpunkt des heutigen Rechtes S. 3 f, 222 ff.

264) Windscheid, Actio S. 2/3.

Mit der begrifflichen Verselbständigung des Klagerechtes gegenüber dem materiellen Anspruch war jedoch der Grund für die Trennung des Prozeßrechtes vom materiellen Recht und die Erkenntnis seiner Eigenständigkeit gelegt.²⁶⁵⁾ Maßgeblichen Einfluß auf die Verselbständigung des Prozeßrechtes und die Anerkennung seiner Eigenständigkeit gegenüber dem materiellen Recht hattendann in der Folge Oskar Bülow mit seiner Lehre vom Prozeß als einheitlichem und eigenständigem öffentlichen Rechtsverhältnis²⁶⁶⁾ sowie Adolf Wach, der die Lehre vom Rechtsschutzanspruch entwickelt hat, der selbständig neben dem materiellen Recht dem Kläger bzw. dem Beklagten Anspruch auf Gewährung prozessualen Rechtsschutzes zur Befriedigung berechtigter Interessen gewähre.²⁶⁷⁾ ²⁶⁸⁾

265) Ebenso Rimmelspacher, Anspruch S. 2/3; Simshäuser S. 45, 149/150.

266) Bülow, Die Lehre von den Proceßeinreden und Proceßvoraussetzungen; ders. ZJP 27, 201 ff, 202 bis 204, 207, 223.

267) Wach Handbuch I S. 19 ff, 119, 186; ders. Feststellungsanspruch S. 27 ff; ders. Rechtsschutzanspruch ZJP 32, 1 ff.

268) Auf den maßgeblichen Einfluß dieser Gesichtspunkte weisen auch hin: Goldschmidt S. 1 und 146; Niese S. 15, 21; Weber Studium Generale 1960 S. 184, 185; Rosenberg, Zivilprozeßrecht 9. Aufl. § 90 II S. 434; Simshäuser, S. 150; Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 1 III S. 5.

Hans-Friedhelm Gaul meint hingegen, daß die Verdienste Oskar Bülows überbewertet worden seien, da bereits von Bethmann-Hollweg vor Bülow den Prozeß als ein Rechtsverhältnis organischer Natur erkannt habe, das sich nach eigenen Gesetzmäßigkeiten fortschreitend entwickele. Gaul AcP 168, 30 unter Hinweis auf von Bethmann-Hollweg Vorrede S. IX f.

Als Ergebnis dieser Entwicklung steht das Zivilprozeßrecht heute als Teil des öffentlichen Rechtes dem Privatrecht als ein selbständiges und von diesem getrenntes Rechtsgebiet gegenüber. Mit Feststellung dieser Eigenständigkeit ist allerdings über das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zueinander, die gegenseitige Abhängigkeit und die Wertungsprinzipien, die das Prozeßrecht bestimmen, noch keine Aussage getroffen.

Die Trennung des Prozeßrechtes vom materiellen Recht hat es ermöglicht, dem Prozeßrecht und seinen Vorschriften Wertungsprinzipien zugrunde zu legen, die dem materiellen Recht fremd sind. Davon ist in der Vergangenheit auch umfangreich Gebrauch gemacht worden, wie Henckel kritisch bemerkt.²⁶⁹⁾ Keineswegs führt die Eigenständigkeit des Prozeßrechtes gegenüber dem materiellen Recht jedoch dazu, daß sich die Übernahme materiellrechtlicher Wertmaßstäbe zur Beurteilung prozessualer Phänomene verbietet, wie Hagen annimmt.²⁷⁰⁾ Denn das Verhältnis zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht ist geprägt von der dienenden Funktion des Prozeßrechtes gegenüber dem materiellen Recht. Aufgabe des Prozesses ist die Bewährung des materiellen Rechts. Dieser Aufgabe sind auch die Vorschriften des Prozeßrechtes untergeordnet. Es besteht daher eine funktionelle Abhängigkeit des Prozeßrechtes vom materiellen

269) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 26; ders., Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 12.

270) Hagen S. 120.

Recht, die eine Berücksichtigung der strukturellen Eigenarten des zugrundeliegenden materiellen Rechtes erfordert.²⁷¹⁾ Dieser Aufgabe kann das Prozeßrecht aber nur dann gerecht werden, wenn es auch die Interessenlagen und Wertungen des materiellen Rechtes berücksichtigt.²⁷²⁾ Auf der anderen Seite zwingt diese funktionelle Abhängigkeit des Prozeßrechtes vom materiellen Recht nicht dazu, das Prozeßrecht und seine Vorschriften nun in jedem Falle mit übergreifenden materiellrechtlichen Wertungen in Einklang zu bringen und an ihnen auszurichten. Wenn Henckel das verlangt²⁷³⁾, so beruht das auf seinem Verständnis des Prozesses als bloßer Fortsetzung der außerprozessualen Rechtsausübung. Denn beinhaltet der Prozeß nur die Fortsetzung außerprozessualer Rechtsausübung, so muß das Prozeßrecht diese Rechtsausübung auch so ordnen, daß sie mit den Wertungen des materiellen Rechtes übereinstimmt.²⁷⁴⁾ Dieses Verständnis vom Prozeß ruft Erinnerungen wach an das klassische römische Aktionenrecht, da der Prozeß nur die materielle Rechtsausübung fortsetzen soll und daher nur als ein besonderes Stadium der Rechtsausübung erscheint.

271) Weber Studium Generale 1960 S. 185/186; Baur, Richtermacht und Formalismus S. 107/108; Rimmelspacher, Anspruch S. 2; Simshäuser S. 40.

272) Kritisch zu Hagen auch Kollhosser JZ 1974, 143 und Bruns ZZP 87, 104.

273) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 26; ders., Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen S. 12.

274) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht S. 62, 64, 409.

Die Lehre Henckels vernachlässigt die Erkenntnisse der modernen Prozeßwissenschaft. Sie verkennt, daß der Prozeß eigenständiger Öffentlichrechtlicher Vorgang ist, an dem außer den Parteien noch das Gericht verantwortlich beteiligt ist, und daß das Prozeßrecht diesen Vorgang nach eigenen Regeln bestimmt.

Das Prozeßrecht steht in einem Spannungsfeld materiellrechtlicher Anforderungen und prozeßrechtlich bedingter Notwendigkeiten. Wo im einzelnen die Grenzen verlaufen, inwieweit die Wertungen des materiellen Rechtes das Prozeßrecht bestimmen und wo diese Wertungen hinter prozeßrechtlichen Anforderungen zurückzutreten haben, ist endgültig in der Prozeßrechtswissenschaft noch nicht geklärt. Das zeigt z.B. der immer noch aktuelle Streit um den Begriff des Streitgegenstandes. Denn in der wissenschaftlichen Diskussion über die Lehre vom Streitgegenstand ist bis heute noch keine Einigung darüber gefunden, inwieweit der prozessuale Anspruchsbegriff vom materiellen Recht loszulösen ist, ob und in welcher Weise er am materiellen Recht auszurichten ist und inwieweit prozessuale Elemente in ihn einzubeziehen sind: Der Gesetzgeber hat den Begriff des Anspruches im Anschluß an die Lehre Windscheids²⁷⁵⁾ rein materiellrechtlich verstanden und überall dort, wo er von Anspruch sprach, den Anspruch des materiellen Rechtes im Auge gehabt.²⁷⁶⁾ Von diesem Verständnis des Streitgegenstandes hat sich die Literatur allerdings alsbald abgewandt und ist zu der Erkenntnis gelangt, daß der Anspruch des materiellen Rechtes von dem Anspruchsbegriff des Prozeßrechtes zu trennen sei.²⁷⁷⁾ Die Folge war ein rein prozes-

275) Vgl. oben S. 139 und Note 263.

276) Hahn-Stegemann, S. 255, 257.

277) Vgl. zu der Entwicklung Rimmelspacher, Anspruch S. 15 ff.

suales Verständnis des Streitgegenstandes.²⁷⁸⁾

Neuerdings zeigt sich nun in der Literatur eine gegenläufige Tendenz, die eine Abkehr vom rein prozessualen Anspruchsbegriff fordert und zu einer materiellrechtlich bestimmten Streitgegenstandslehre zurückkehren will.²⁷⁹⁾ Inwieweit jedoch das materielle Recht den Streitgegenstand bestimmt und in welchem Umfang prozessuale Elemente beachtlich bleiben, ist auch innerhalb dieser Lehre umstritten.²⁸⁰⁾

- 278) So heute u.a. Thomas-Putzo, Einleitung II 7; Schönke-Kuchinke § 39 II; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Lücke JZ 1960, 204; Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß.
- 279) Nikisch AcP 154, 263 ff; Rimmelspacher, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß; Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht; Grunsky, Grundlagen S. 27 ff, insbesondere S. 40; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß; Hesselberger, Die Lehre vom Streitgegenstand; Larenz, Schuldrecht II I 75 VI.
- 280) Kritisch gegen diese Bemühungen hat sich vor allem Arens AcP 170, 392 ff gewandt. Ferner Jauernig, Verhandlungsmaxime S. 47 ff; Blomeyer Festgabe für Lent S. 43 ff, 71.

Ähnliche Diskussionen um den Einfluß des materiellen Rechtes und seiner Wertungen finden sich bei der Bestimmung des Rechtskraftumfanges, der Frage nach der Bedeutung von Willensmängeln im Prozeß und einer Vielzahl weiterer prozessualer Probleme. Diese Diskussion in der Wissenschaft und die vielfältigen, teilweise entgegengesetzten Lehrmeinungen zeigen, daß die Trennung des Prozeßrechtes vom materiellen Recht zwar vollzogen ist, daß die Grenzen zwischen den beiden Rechtsbereichen und den sie bestimmenden Wertungen jedoch noch nicht endgültig geklärt sind. In diesem Zusammenhang behält daher auch die Forderung Henckels nach erneuter Verfestigung des Prozeßrechtes mit dem materiellen Recht und damit nach stärkerer Berücksichtigung materiellrechtlicher Wertungen ihre Berechtigung, weil, wie Blomeyer ausgeführt hat, es in der Vergangenheit "nachgerade Mode geworden ist, über der Eigenständigkeit des Prozeßrechtes seine funktionelle Abhängigkeit vom materiellen Recht zu ignorieren."²⁸¹⁾

281) Blomeyer AcP 159, 385, 45; ebenso Baur, Richteramt und Formalismus S. 108.

Lebenslauf

Am 24.10.1947 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Heinz Hopfgarten und seiner Ehefrau Angela, geb. Lehmann, in Wuppertal-Elberfeld geboren. Dort besuchte ich ab Ostern 1954 die Volksschule und wechselte nach Abschluß der 4. Klasse Ostern 1958 zum humanistischen Wilhelm Dörpfeld Gymnasium in Wuppertal-Elberfeld, wo ich am 2.11.1966 das Abitur bestand.

Im Sommersemester begann ich an der Westfälischen Wilhelms Universität in Münster mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Im Sommersemester 1968 wechselte ich für zwei Semester an die Universität Tübingen und setzte im Anschluß daran mein Studium in Münster fort, das ich am 8.1.1972 mit dem 1. juristischen Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Hamm abschloß.

In den juristischen Vorbereitungsdienst wurde ich am 1.3.1972 als Referendar übernommen. Für die Zeit vom 1.9.1972 bis zum 28.2.1974 war ich von diesem Vorbereitungsdienst beurlaubt; während dieser Zeit war ich als wissenschaftliche Hilfskraft an der Westfälischen Wilhelms Universität Münster tätig.

Das 2. juristische Staatsexamen legte ich am 25.5.1976 vor dem Landesjustizprüfungsamt Düsseldorf ab.

Seit dem 3.12.1976 bin ich als Rechtsanwalt in Wuppertal tätig. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

